# Regressrecht eines Offenen Handelsgesellschafters, der eine Gesellschaftsschuld bezahlt hat, den anderen Gesellschaftern gegenüber.

## INAUGURAL-DISSERTATION

VERFASST UND DER

HOHEN RECHTS- UND STAATSWISSENSCHAFTLICHEN FAKULTÄT

DER

KGL. BAYER. JULIUS-MAXIMILIANS-UNIVERSITÄT WÜRZBURG

ZUR

ERLANGUNG DER DOKTORWÜRDE

VORGELEGT VON

THADDAEUS v. BORNE.

ACAD. LUGD. BAT. BIBL.

POSEN.

ST. ADALBERT-DRUCKEREI UND BUCHHANDLUNG.

1904.

Seiner lieben Mutter

in dankbarer Verehrung

*gewidmet.*

# I. Hauptstück.

## Juristischer Charakter der Offenen Handelsgesellschaft.

### § 1. Die Offene Handelsgesellschaft eine reine bezw. relative juristische Person.

Ehe wir damit beginnen, das hier gestellte spezielle Thema zu erörtern, dürfte es angemessen sein, zuvörderst noch auf die Frage über die rechtliche Natur der Offenen Handelsgesellschaft spezieller einzugehen, da dies eine Vorbedingung für die Beurteilung eines jeden aus der Offenen Handelsgesellschaft entspringenden Rechtverhältnisses ist.

Über die rechtliche Natur der O. H. G. gehen die Ansichten der Rechtslehrer und Schriftsteller mannigfach auseinander. Es stehen sich hier Rechtslehren mit einer reichhaltigen Litteratur gegenüber.

Die Ansicht, dass die O. H. G. eine juristische Person (un être moral, personne moral, personne metaphysique) sei, vertritt besonders die französische Jurisprudenz. Sie erklärt alle Handelsgesellschaften mit Ausnahme der association en participation für juristische Personen. Die

französische Doktrin stützt sich hierbei auf folgende Momente:

Unteilbarkeit des Gesellschaftsvermögens während der Dauer der Gesellschaft, ferner die Unzulässigkeit der Annahme eines Miteigentums der Gesellschafter am Gesellschaftsvermögen während dieser Zeit, endlich die Statuierung der Fähigkeit der Gesellschafter, vor Gericht zu klagen und verklagt zu werden[1]).

Dieser französischen Theorie haben sich auch eine Reihe deutscher Schriftsteller angeschlossen.

Der französischen Theorie verwandt ist die Theorie der unächten oder relativen juristischen Person, wie Dahm die Off. H. G. nennt, dessen Ansicht sich auch Gareis, früher Dernburg, Brinkmann, Jolly, früher Unger anschlossen. Den Ausgangspunkt dieser Lehre bildet der Societätsgedanke oder »eine Verbundenheit von Subjekten« (dies besonders Brinkmann mit Rücksicht auf eine unter ihnen bestehende Vermögensgemeinschaft wie bei der gesammten Hand Gierkes u. Kuntzes). Das Societätsverhältnis steigt nach dieser Lehre aus eigener Kraft zur »formellen« oder kollektiven Einheit empor[2]), da in der Constituierung dieses Rechtsverhältnisses nicht blos ein Vertrag, sondern eine Vereinbarung, nämlich eine Verschmelzung verschiedener inhaltlich gleicher Willen führende Willenseinigung zu erblicken ist. Diese Vereinbarung geht dahin, dass ein einheitlicher Wille, Gesellschaftswille geschaffen werde, welcher Willensakte erzeugen kann mittels gesellschaftlicher Organe, welche

---

[1]) So Troplong, Pardessus, Lyon Caen. u. A.

[2]) Vergl. Dernburg, Preuss. Priv. R. I. § 22. 8. 2.

über ein durch dieselbe Vereinbarung geeignetes Vermögen disponieren[1]).

So weit nun diese positiv rechtlich anerkannten Wirkungen der Vereinbarungen reichen, erstreckt sich der Lebens- und Bethätigungskreis der relativen juristischen Person.

## § 2. Off. Handelsgesellschaft ist keine juristische Person.

Durch die Begriffsbestimmung, welche im Alt. H. G. B. Art. 85 der Off. H. G. gegeben wurde, wurde die principielle Streitfrage der juristischen Persönlichkeit der Off. H. G. entschieden. Es gehören nach Alt. H. G. B. zum Bestehen einer Off. H. G. Betrieb eines Handelsgewerbes durch zwei oder mehrere Personen, ferner gemeinschaftliche Firma, und dann die für eine Off. H. G. besonders charakteristische Bestimmung, dass bei keinem der Gesellschafter die Haftung gegenüber den Gesellschaftsgläubigern beschränkt werden kann, dass also alle Gesellschafter solidarisch als Gesamtschuldner für die Gesellschaftsschulden haften, und jeder von ihnen auf die ganze Forderung vom Gläubiger der Gesellschaft belangt werden kann.

Der Gesetzgeber sagt also »die Gesellschafter müssen ein Handelsgewerbe betreiben.« Es betreibt das Gewerbe derjenige, in dessen Namen die Geschäfte abgeschlossen werden, derjenige, der Rechte und Pflichten aus dem Vertrage übernimmt.

Es sind also die Gesellschafter, welche Rechte und Pflichten aus dem Vertrage übernehmen und nicht ein

---

1) Gelpake, Anschütz, Auerbach, Laband.

neben ihnen bestehendes oder gedachtes Rechtssubjekt, was die Anhänger der Doktrin von der juristischen Person der Off. H. G. behaupten. Dass die Off. H. G. keine juristische Person ist, dafür zeugt weiter hinlänglich die unbeschränkte Solidarhaft der Mitglieder für Gesellschaftsschulden.

Vereinigungen, bei welchen das »objektive Recht« die Mitglieder von der Haftung für die zur Erreichung der Gemeinschaftszwecke eingegangenen Verbindlichkeiten befreit, sind juristische Personen, Vereinigungen, bei welchen Mitglieder als solche für die zur Erreichung der Gemeinschaftszwecke eingegangenen Verbindlichkeiten haften, sind Rechtsverhältnisse[1]).

Eine juristische Person kann Schulden haben, eine Gesellschaft nicht. Es sind die Schulden einer Gesellschaft eigene Schulden der Gesellschafter, für die sie ohne einen anderweitigen Rechtsgrund haften[2]).

Die Schulden einer juristischen Person dagegen sind für die Mitglieder der letzteren, Schulden einer anderen, von ihnen verschiedenen Person, für welche sie als solche nicht haften.

Die juristische Person einer Gesellschaft ist also erkennbar in der Nichthaftung der Gesellschaftsmitglieder für die Gesellschaftsschulden.

In dieser Beziehung bildet die Off. H. G. einen schroffen Gegensatz zur Aktien-Gesellschaft, die eine reine uristische Person ist. Dort haften die Aktionäre nur

---

[1]) Meurer Juristische Personen S. 74.

[2]) Laband in Goldschmids Zeitschr. 30. 468.

mit ihren Einlagen, dort ist der Gesellschaftsfonds das alleinige Befriedigungsmittel der Gläubiger, jede persönliche Haftung der Gesellschafter für Verbindlichkeiten ist ausgeschlossen, was gerade die Aktiengesellschaft als selbständiges neben den einzelnen Mitgliedern stehendes Rechtssubjekt charakterisiert.

Bei beiden Gesellschaften ist auch das Verhältnis der Gesellschaft als solchen zu ihren Mitgliedern ein völlig verschiedenes. Bei der Aktiengesellschaft stehen sich Gesellschaft und die einzelnen Gesellschafter als verschiedene Rechtssubjekte getrennt gegenüber.

Der Geschäftsbetrieb ist einem hierzu befugten Organe, dem Vorstande, überwiesen, während die Gesellschafter ihre Interessen nur in der Generalversammlung geltend machen können. Der Vorstand der Aktiengesellschaft hat, als der berufene Vertreter dieser juristischen Person, einzig und allein die Interessen derselben allen dritten d. h. auch den einzelnen Gesellchaftern gegenüber wahrzunehmen.

Wie anders bei der Off. H. G., wo Gesellschaft und Gesellschafter nicht von einander getrennt sind, wo jedes Mitglied als solches am Geschäftsbetriebe beteiligt ist. Hier ist jeder Gesellschafter von Natur aus sowohl dritten als auch seinen Mitgesellschaftern gegenüber befugt.

Ein weiteres Merkmal, das dafür spricht, dass die Off. H. G. keine juristische Person sein kann, ist das Gesellschaftsvermögen.

Das Gesellschaftsvermögen ist eine aus dem Vermögen der Gesellschafter ausgeschiedene, der Verfügung der letzteren zu Privatzwecken entzogene, für Zwecke

des Gesellschaftsgeschäfts bestimmte Vermögensmasse, ein »Zweckvermögen«[1]).

Alle diese für das Vermögen der Off. H. G. charakteristischen Momente können leicht zu der Ansicht führen, das Gesellschaftsvermögen stehe im Alleineigentum der Gesellschaft als juristischen Person. Dies Alleineigentum der Gesellschaft am Gesellschaftsvermögen muss man jedoch entschieden vermeinen, schon aus dem Grunde, dass die Off. H. G. als solche keine passive Vermögensfähigkeit besitzt, denn gemäss Art. 112 A. H. G. B. u. 128 H. G. B. haften die einzelnen Gesellschafter für die von der Gesellschaft kontrahierten Schulden den Gläubigern persönlich solidarisch und unbeschränkt. Solche Solidarhaft der Gesellschafter kann aber nur bei einer Gesellschaft statt haben, die keine passive Vermögensfähigkeit besitzt, da bei einer Gesellschaft mit dieser Eigenschaft begrifflich die Befreiung der einzelnen Gesellschafter von der Haftung für die zur Erreichung der Gesellschaftszwecke eingegangenen Verbindlichkeiten gegeben sein muss[2]).

Die Absonderung des Gesellschaftsvermögens vom Privatvermögen hat weiter eine Folge, welche ganz besonders geeignet ist, die Meinung zu erwecken, als wäre die Off. H. G. eine juristische Person, nämlich die scheinbare Existenz von Obligationen zwischen der Gesellschaft als Ganzem (Firma) und den Gesellschaftsmitgliedern. Diese Obligationen sind jedoch eigentlich nur Rechtsver-

---

1) Behrend im Commentar z. H. G. B.

2) Laband Beiträge zur Dogmatik die O. H. G. Goldschmidt Ztschr. Bd. 30 S. 502, Bd. 31 S. 1 u. 11.

hältnisse zwischen den Gesellschaftern, die dadurch eine Modifikation erfahren, dass eine solche Forderung oder Schuld zum Gesellschaftsfond gehört[1]).

Die offene H. G. ist weiter aus dem Grunde keine jurististische Person, weil sie in den Processen der Firma nicht als ein von den Gesellschaftern verschiedenes Rechtssubjekt Partei ist. Partei sind die Gesellschafter als Subjekte des Gesellschaftsvermögens[2]).

In der letzten Zeit hat auch das R. G. diesen Standpunkt in voller Schärfe vertreten: »Die Off. H. G. ist nicht ein selbständiges Rechtssubjekt, sondern die einzelnen Gesellschafter sind die Subjekte der unter Kollektivnamen der Gesellschaft für sie die Gesellschafter erworbenen Rechte und eingegangenen Verbindlichkeiten. Dementsprechend sind auch in Processen der Gesellschaft die Gesellschafter (als Gesamtheit, in ihrer Zusammenfassung als Firma der Gesellschaft) Processpartei«[3]).

Ist hiernach die Off. H. G. keine juristische Person, so ist doch zu beachten, dass einer selbstständigrechtsfähigen, unter selbstständigem Gesamtnamen auftretenden und organisierten Gesamtheit (Funktionseinheit)[4]) grundsätzlich dieselbe Stellung im Verkehr eingeräumt werden muss, wie einer juristischen Person. Es ist eine Vermögenseinheit vorhanden, die wie eine bestimmte Person behandelt werden darf[5]).

---

1) Laband, Beitr. wie oben.
2) Jäger, Concursordnung zu § 210 S. 671.
3) R. G. 46 S. 41.
4) Meurer S. 85.
5) R. G. XVI 2.

## § 3. Die Off. Hand. Gesellschaft ist keine Societät.

So wenig die Off. H. G. ihrer Natur nach eine juristische Person ist, so wenig ist sie eine Societät im römischrechtlichen Sinne.

Die Lehre, dass die Off. H. G. eine solche sei, haben besonders Thöl und Goldschmidt befürwortet.

Für die Societät ist charakteristisch, dass ihre Mitglieder durch Gesellschaftsvertrag nur unter sich gebunden sind, nach aussen hingegen nirgends als eine Einheit auftreten.

Für Dritte sind nur Gesellschafter keine Gesellschaft vorhanden, sämtliche Berechtigungen und Verpflichtungen, welche für die Gesamtheit erworben und übernommen sind, sind nach Aussen hin nur an die Namen der einzelnen Gesellschafter gebunden. Es kommt allerdings ein gemeinsames Vermögen bei der Societät vor, allein es ist in selbstständige Anteile der einzelnen Socien zerlegt und jeder Socius kann über seinen Anteil ohne Rücksicht auf die anderen verfügen. Die Socien können auch eventuell nach Aussen gemeinsam auftreten, sie müssen jedoch dann sämtlich persönlich mitwirken oder erst durch besonderes Rechtgeschäft einen Vertreter bestellen.

Dem entgegen steht die Off. H. G., wie schon betont, als eine Einheit da, sie ist eine Summe von Personen, die nicht blos unter sich, sondern auch nach Aussen Dritten gegenüber als aneinander gebunden gelten.

Bei der Off. H. G. kann kein Gesellschaftsmitglied über seinen Anteil am Gesellschaftsvermögen und an den

einzelnen dazu gehörigen Bestandteilen verfügen und ebenso wenig kann es Teilung verlangen, wie dies bei der Societät der Fall ist.

Giebt man zu, dass die Off. H. G. keine juristische Person, keine Societät im römischrechtlichen Sinne ist, so hat es ebensowenig Bedeutung, wenn man dieselbe als

Kollektive Personen-Einheit[1]),
als »Verkehrssubjekt«[2]),
als »selbständige Handelswirtschaft«[3])

bezeichnet, da hindurch eigentlich nicht viel gesagt ist, was zur juristischen Charakteristik derselben dienen könnte.

## § 4. Die Off. Hand. Gesellschaft ist eine Vereinigung zur »Gesamten Hand«.

Eine sehr verbreitete Anschauung erblickt in der Off. H. G. eine deutschrechtliche Haftung und Rechtsgemeinschaft zur »gesamten Hand«. Vertreten wird diese Theorie durch Gierke, Sohm, Heusler, Beseler, Bluntschli, Kuntze.

Die Trägerin des Verhältnisses zur »gesamten Hand« ist eine genossenschaftlich verbundene Mehrheit. Der Name entstammt dem alten Rechtsgebrauche, die Verbundenheit der vertragschliessenden Personen bei einer gemeinsamen Erwerbs- Verfügungs- oder Verpflichtungshandlung durch das Sinnbild eine Verschlingung der Hände anschaulich zu machen.

Bei der Gemeinschaft zur »gesamten Hand« wird das innere Verhältnis durch den Gesamtwillen beherrscht,

---

1) Brinkmann, Jolly.
2) Endemann.
3) Lustig.

nach Aussen tritt die Gesamtheit in einheitlicher Weise berechtigt und verpflichtet auf[1]). Nach Heusler ist die gesamte Hand ein »bestimmtes Rechtsprinzip oder Motiv« dessen eigentümlicher Begriff darin liegt, dass Recht und Pflicht sich nur im gemeinsamen Handeln realisieren und somit das Vorgehen des Einzelnen ohne Mitwirken des Anderen völlig ausgeschlossen ist, wie dies ja durch das Symbol, von welchem das Prinzip seinen Namen hat, verdeutlicht wird. Gierke und Sohm, die das von ihnen aufgestellte Prinzip der »gesamten Hand« auch auf die Off. H. G. anwendeten, schlossen sich Bluntschli und Behrend an.

Das neue Gesellschaftsrecht hat den Grundsatz zur »gesamten Hand« aufgenommen. Es weisen darauf hin die in den §§ 718—720 B. G. B. niedergelegten Bestimmungen über das Gesellschaftsvermögen[2]).

Das Gesellschaftsvermögen ist nicht das Vermögen der Gesellschaft, auch nicht das Vermögen der Gesellschafter als solcher, »nicht eine Mitberechtigung« am Gesellschaftsvermögen des römischen Rechts[3]), sondern ein Sondervermögen, ein Gesamtgut, d. h. ungeteilt gemeinsames Vermögen aller Gesellschafter, ein der gesamten Hand des deutschen Rechts nahestehendes Gesamtrecht.

So stellt sich das Wesen der Off. H. G. als eine organische Verbindung societätsrechlicher Gedanken mit corporativen Elementen dar, und damit ist die Prägung für die Ansicht gegeben, dass die Off. H. G. eine deutsch-

---

1) Gierke Genossenschaftsrecht I. S. 664.

2) Meisner § 705 Num. 1. Fischer Henle 718 Note 1.

3) Behrend Komentar zum H. G. B.

rechtliche Haftung und Rechtsgemeinschaft zur »gesamten Hand« ist. Gierkes und Heuslers Verdienst ist es vor Allem, diesem alten deutschen Rechtsgedanken wieder Geltung verschafft zu haben, ihn in das moderne Rechtsleben wieder aufgenommen zu haben.

---

# II. Hauptstück.

## Nach dem Handelsgesetzbuch besteht für den eine Gesellschaftsschuld zahlenden Off. Handelsgesellschafter kein Regress.

### § 5. § 128 ist dem zahlenden Gesellschafter nicht gegeben.

In dem hier gestellten speziellen Thema handelt es sich um die Rechtsfrage, ob ein Offener Handelsgesellschafter, der eine Gesellschaftsschuld aus eigenen Mitteln bezahlt hat, einen Regressanspruch, ein klagbares Recht den einzelnen Handelsgesellschaftern gegenüber hat.

Die Zahlung einen Gesellschaftsschuld, wodurch der Gesellschafter Gläubiger der Gesellschaft wird, kann von verschiedener Art sein. Es kann dies die Zahlung einer Gesellschaftsschuld sein, die der Gesellschafter in Folge eines regen Geschäftsverkehrs schneller Erledigung wegen freiwillig aus seinen Privatmitteln bezahlt; weiter kann es eine Zahlung sein, die der in Folge der Gesamthaftung für Gesellschaftsschulden vom Gläubiger der Gesellschaft persönlich in Anspruch genommene Gesellschafter leisten muss. In beiden Fällen ist die Forderung, die der zahlende Gesellschafter gegen die Gesellschaft hat, auf Grund des

Gesellschaftsverhältnisses, durch welches die Gesellschafter untereinander gebunden sind, entstanden. Diese beiden Arten der Zahlung einer Gesellschaftsschuld werden wir in unserer Abhandlung auseinander halten müssen, da die Ansichten der Rechtslehrer in Bezug auf den Regress für beide Arten sich unterscheiden. Es existiert noch eine dritte Art, wie der Gesellschafter zur Gesellschaft in ein Gläubigerverhältnis treten kann, wenn er nämlich vollständig als ein Dritter mit der Gesellschaft in Rechtsbeziehungen tritt, so wenn die Gesellschaft Waaren von ihm kauft, mit ihm einen Mietsvertrag eingeht, von ihm ein Darlehen erhält, gegenseitige Wechselverbindlichkeiten eingeht[1]).

Wir wollen zuvörderst betrachten, welche Stellung die Normen des H. G. B. zu der Regressfrage des eine Gesellschaftsschuld zahlenden Gesellschafters nehmen. Das H. G. B. giebt den § 128 H. G. B., 112 A. H. G. B., nach welchen die Handelsgesellschafter ihren Gläubigern für alle Verbindlichkeiten der Gesellschaft als Gesamtschuldern, d. h. solidarisch mit ihrem ganzen Vermögen haften. Kommt nun § 128 H. G. B. auch dem eine Gesellschaftsschuld zahlenden Gesellschafter, der doch unstreitbar in eine Art Gläubigerverhältnis zu der Gesellschaft getreten ist, zu Statten?

Nach H. G. B. ist ihm dieser Paragraph, nach welchem ihm ein klagbares Recht gegeben sein würde, da ihm die Gesellschafter solidarisch als Gesamtschulder

---

[1]) Cosack Commentar zum H. G. B. S. 567 und Makover Comm. H. G. B. S. 274 4 nennen diese Art des Gläubigerverhältnisses ausservertragliche Beziehung.

verhaftet sein wurden, nicht gegeben. Es ist dies aus der Stellung des betreffenden Paragraphen bereits zu ersehen.

Das H. G. B., das alte sowie das neue, behandelt sämtliche Rechtsverhältnisse der Off. H. G. bis zu ihrer Auflösung in zwei von einander gesonderten Abschnitten, nämlich: Die Rechtsverhältnisse der Gesellschafter unter einander §§ 109—120 H. G. B. und die Rechtsverhältnisse der Gesellschafter zu Dritten §§ 123—130 H. G. B.

»Das Rechtsverhältnis zwischen den Gesellschaftern unter einander nach Innen richtet sich zunächst nach dem Gesellschaftsvertrage und die Bestimmungen, welche das H. G. B. giebt, sind nur dispositiver Art und »finden nur insoweit Anwendung, als nicht durch Gesellschaftsvertrag ein Anderes bestimmt wird«.[1])

Aus dem ersten Abschnitte ergiebt sich also, dass der Gesellschaftsvertrag die für die Gesellschafter als solche »untereinander« gegebenen Normen selbständig abändern kann, diese also rein dispositiver Natur sind. Es besteht also für die Regelung der inneren Verhältnisse der Off. H. Gesellschafter Vertragsfreiheit im weitesten Umfange.

Für die äusseren Rechtsverhältnisse dagegen sind die gegebenen gesetzlichen Bestimmungen von zwingender Natur, sie sind für die Gesellschafter ius cogens und sind ganz unabhängig von irgend einem Vertrage unter den Beteiligten.

§ 128 steht in dem Abschnitte, wo das Gesetzbuch die Rechtsverhältnisse der Gesellschafter Dritten gegen-

---

[1]) § 109 H. G. B.

über nach Aussen behandelt und somit ist die von ihm festgesetzte Gesamthaftung der Gesellschafter nur nach Aussen für Dritte als Gläubiger gegeben. Das Gläubigerverhältniss des zahlenden Gesellschafters zu seinen Mitgesellschaftern wird sich dann nach dem H. G. B. entweder nach dem Gesellschaftsvertrage oder nach den für den Abschnitt »Rechtsverhältnisse der Gesellschafter untereinander »gegebenen Bestimmungen richten müssen.

Nur für den Fall wo, wie wir bereits erwähnt haben.[1]) Der Gesellschafter vollständig als Dritter der Gesellschaft entgegentritt, wo seine Forderung gegen die Gesellschaft nicht auf Grund des Gesellschaftsverhältnisses entsteht, sondern eine ausservertragliche[2]) ist, ist ihm unseres Erachtens § 128 H. G. B. gegeben.

Das § 128 H. G. B. (112 A. H. G. B.) dem Gesellschafter, der eine Gesellschaftsschuld bezahlt, die aus dem Geselschaftsverhältnisse entspringt, nicht gegeben sein kann, beruft sich die herrschende Theorie mit dem weit überwiegenden Teile der Handelsrechtlichen Literatur auf § 707 B. G. B. (92 A. H. G. B.), was meines Erachtens nach durchaus nicht zutreffend ist.

Es heist daselbst, zur Erhöhung des vereinbarten Beitrages oder zur Ergänzung der durch Verlust vereinbarten Einlage ist ein Gesellschafter nicht verpflichtet.«

Aus dieser Bestimmung des § 707 B. G. B. (92 A. H. G. B.) folgt, dass mit der Leistung des bedungenen Beitrages die Pflicht des Gesellschafters erschöpft ist; die Vereinbarung höhere oder andere Beiträge zu leisten,

---

1) Siehe S. 12. Anmerk. 1.

2) Cosack S. 567 Makover 245 zu 4.

bedürfte einer Aenderung, vielleicht den Ersatz des bisherigen Gesellschaftsvertrages durch einen neuen. Ein Gesellschafter hat daher nach § 707 B. G. B. das Recht einer von den übrigen Gesellschaftern geforderten Erhöhung der Einlage zu widersprechen und er darf nicht blos allein neue Beiträge verweigern, sondern er darf sich auch der Einbringung neuer Einlagen zum Gesellschaftsfond durch die anderen Gesellschaftsmitglieder wirksam widersetzen. Die Verpflichtung zur Erhöhung der Einlage über den vereinbarten Betrag hinaus tritt auch dann nicht ein, wenn der Gesellschaftszweck mit den vereinbarten Beiträgen nicht erreicht werden kann, auch dann nicht, wenn sich bei der Liquidation das Vorhandensein eines Fehlbetrages ergiebt[1]).

Anders war dies im Preuss. Landrecht[2]) und anders ist es in dem Oestr. B. G. B.[3]). In beiden wurde zwar im Allgemeinen das Princip, die Einlage nicht erhöhen zu brauchen anerkannt; es wurde jedoch eine Ausnahme gemacht und in dem Falle, wenn ohne Erhöhung der Einlage die Erreichung des gemeinsamen Endzwecks nicht stattfindet, sollte das die Erhöhung verweigernde Gesellschaftsmitglied zum Austritt aus der Gesellschaft veranlasst werden.

Wenn nun ein Gesellschafter, der eine Gesellschaftsschuld bezahlt, gegen die Mitgliedschafter ein Regressrecht auf Grund des § 128 H. G. B. (112 A. H. G. B.) geltend machen würde, erblickte darin die herrschende Theorie,

---

1) R. O. H. 22, 202. 25, 159.
2) Th. I Tit. 17 § 190 f.
3) Oestr. B. G. B. § 1189.

dass dadurch die Mitgliedschafter zur Erhöhung ihre Einlagen gezwungen wurden, was sie sich auf Grund des § 707 B. G. B. (92 A. H. G. B.) nicht gefallen zu lassen brauchten.

Der überwiegende Teil der älteren sowie der neuen handelsrechtlichen Litteratur vertritt die Theorie, dass alle Rechtsverhältnisse der Gesellschafter als solcher »untereinander« nach Massgabe des Gesellschaftsvertrags oder der für die Rechtsverhältnisse der Gesellschafter untereinander gegebenen Gezetze geregelt werden. Als ein solches Rechtsverhältnis der Gesellschafter untereinander wird auch von den meisten Rechtsgelehrten das Bezahlen einer Gesellschaftsschuld durch einen Gesellschafter betrachtet.

Staub[1]) giebt weder für die Ansprüche, die aus dem Gesellschaftsvertrage folgen, noch für die »Ausservertraglichen«, die mit dem Gesellschaftsverhältnissen in keinerlei Zusammenhange stehen, keinerlei Regress gegen die Einzelgesellschafter nach Massgabe des § 128 (112 A. H. G. B.). Er meint, der die Gesellschafter belangende Gesellschafter würde dadurch dolos handeln gegen seine Pflichten als Gesellschafter, der er nicht aufgehört hatte zu sein.

Auch Puchelt[2]) meint, Art. 112 »beziehe« sich keineswegs auf das Verhältnis der Gesellschafter untereinander und Art. 280 sei nicht anwendbar, weil es sich hier

1) Commentar zum H. G. B. bei Art. 93 u. 112.
2) Commentar zum H. G. B. zu Art. 193.

nicht um eine »gemeinsam eingegangene Verbindlichkeit« handle.

Der Zugriff in das Privatvermögen sei vor der Auflösung der Gesellschaft weiter auch deswegen unstatthaft, da für das Verhältnis der Gesellschafter untereinander Art. 92 massgebend sei, wonach sie untereinander über den vereinbarten Betrag hinaus nicht mehr zu leisten verpflichtet wären. Auch v. Hahn [1]) schliesst sich der Ansicht Staub's und Puchelt's an. Auch nach ihm sind bei der Beurteilung eines jeden zwischen Gesellschaft und Gesellschafter begründeten Rechtsverhältnisses vor Allem alle Bestimmungen des Gesellschaftsvertrages in Betracht zu ziehen. Ein Gesellschafter, welcher eine Forderung gegen die Gesellschaft hat, ist deswegen niemals regressberechtigt seinen Mitgliedschaftern gegenüber, sei es, dass er eine Gesellschaftsschuld freiwillig aus eigenen Mitteln gezahlt hat, sei es, dass er auf Zahlung von einem Gesellschaftsgläubiger belangt worden ist, weil er eben die Bestimmungen des Gesellschaftsvertrags anerkennen muss. An und für sich stände dem zahlenden Gesellschafter aus der solidarischen Verbindlichkeit den Gesellschafter für Gesellschaftsschulden ein Regress gegen die Mitgesellschafter zu; jeder der von ihm belangten Gesellschafter könnte ihm jedoch eine exceptio doli [2]) entgegensetzen, welche nach dem Gesellschaftsvertrage vollständig begründet wäre.

---

1) Commentar zum H. G. B. zu Art. 112 u. Zusatz zu 177.

2) Exceptio non impleti contractus. Hahn beruft sich hiebei auf R. G. 26. 253.

Weiter ist auch deswegen nach Hahn [1]) der Gesellschaftsgläubiger, der auch zugleich Gesellschafter ist, nicht berechtigt, einen Regress nach Art. 112 seinen Mitgliedern gegenüber geltend zu machen, weil in Folge des Gesellschaftsvertrages der einzelne Gesellschafter nicht im mindesten verpflichtet ist, während des Bestehens der Gesellschaft irgend eine seine Einlage überschreitende Prästation zu Gesellschaftszwecken zu machen.

Auch Behrend [2]), Staub [3]) lassen aus dem Grunde keinen Regress zu. Auch nach ihnen ist kein Gesellschafter verpflichtet, seine Einlage über den vertragsmässigen Betrag zu erhöhen und es würde der einen Regress geltend machende Gesellschafter dolos und gegen seine Pflichten als Gesellschafter handeln, wenn er seine Mitgesellschafter zwingen würde, ihre Einlagen zu erhöhen und es würde ihm nach ihnen mit Recht die exceptio doli aus dem Gesellschaftsvertrage entgegen gebracht werden können [4]).

Gareis [5]) gibt für die Auslagen und Aufwendungen, die ein Gesellschafter im Interesse der Gesellschaft gemacht — als solche betrachtet er auch die Zahlung einer Gesellschaftsschuld durch den Gesellschafter — demselben einen Anspruch an die Gesellschaft und an die Gesellschafter zugleich, modifiziert aber seine Ansicht auch dahin, dass er die Möglichkeit zugiebt, dass die

---

[1]) Commentar Zusatz zu Art. 122.

[2]) Commentar zu H. G. B. zu Art. 92 1.

[3]) Commentar zu H. G. B. zu Art. 92 2.

[4]) Ebenso André bei Planck II zu 707 B. G. B. Oertmann Schuldverhältnisse S. 450.

[5]) Deutsches H. R. 6. Aufl. S. 215.

Geltendmachung des Regresses eines exequierten Gesellschafters gegen einzelne andere Mitgesellschafter während der Dauer der Gesellschaft in der Regel § 707 B. G. B. entgegengesetzt werden kann.

### § 6. § 707 schliesst einen Regress nicht völlig aus.

Schliesst nun die Bestimmung nicht mehr als Einlage beizutragen, thatsächlich ein Regressrecht des eine Gesellschaftsschuld zahlenden Gesellschafters im Sinne des § 128 H. G. B. den anderen Mitgliedern gegenüber völlig aus?

Die Frage wird, wie wir festgestellt, von der herrschenden Theorie mit Berufung auf § 707 B. G. B. (92 A. H. G. B.) verneint, weil ein Gesellschafter zur Erhöhung der Beiträge nicht verpflichtet sei.

In dieser Auslegung, die dem zahlenden Gesellschafter einen Ausgleichungsanspruch erst nach Auflösung der Gesellschaft, erst im Liquidationsstadium, wie wir es sehen werden, geben will, liegt unseres Erachtens eine grosse Ungerechtigkeit, die auch dann nicht beseitigt wird, wenn man, wie dies Knoke thut [1]), den regressberechtigten Gesellschafter damit vertröstet, dass er ja jederzeit die Auflösung der Gesellschaft herbeiführen könne, um dann im Auseinandersetzungsverfahren seine Befriedigung zu finden. Auch dies wäre immer ungerecht und den Interessen der Gesellschaft wie auch denen der einzelnen Gesellschafter gefährlich, da über ihnen stets ein Damoklesschwert der Kündigung schweben würde.

---

1) Das Recht der Gesellschaft S. 36. 37.

Die von den vorerwähnten Schriftstellern angeführte Theorie ist aber nicht nur ungerecht sondern auch unbegründet.

Die Regressforderung des zahlenden Gesellschafters ist keine Klage auf Zahlung einer Einlage, sondern eine Forderung aus ungerechtfertigter Bereicherung, keine actio pro socio sondern eine condictio indebiti. Der Gesellschafter, der eine Schuld erfüllt hat, hat nicht blos die Interessen der Gesellschaft sondern auch die Sonderinteressen jener einzelnen Gesellschafter gewahrt. Demgemäss betreibt er, wenn er von den anderen Gesellschaftern anteilige Vergütung fordert, keinen neuen Gesellschaftsbeitrag, d. h. kein Opfer für die Gesellschaft im Sinne von § 707 B. G. B., sondern nur die Herausgabe einer ihrem Privatvermögen erwachsenen ungerechtfertigten Bereicherung. Die Mitgliedschafter sind eben durch den Zahlenden von einer Schuld ohne Rechtsgrund befreit. Dies giebt auch André, ein Gegner der hier vertretenen Meinung zu [1]), wenn er ausführt: »In letzter Linie kann für den Zahlenden ein Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung in Betracht kommen.«

Dieser Anspruch dürfte in erster Reihe in Betracht kommen. Der Gesellschafter hat die ganze Gesellschaftsschuld für die alle Gesellschafter nach Massgabe § 128 H. G. B. als Gesamtschuldner haften, bezahlt, er hat damit die Verpflichtung, welche ihm persönlich nach § 426 B. G. B. obliegt, getilgt und auch den Rest, der auf den übrigen lastet, zu einer solchen Zahlung ist er

---

[1]) Siehe Seite 22. Anmerk. 4.

blos dem Gläubiger und nicht den anderen Gesellschaftern gegenüber verbunden.

## § 7. § 110 gewährt dem zahlenden Gesellschafter einen Ersatzanspruch an das Gesellschaftsvermögen.

Es giebt das Handelsgesetzbuch im § 110 H. G. B. (93 A. H. G. B.) dem zahlenden Gesellschafter für Zahlungen, welche er im Interesse der Gesellschaft gemacht, einen Anspruch auf Ersatz. Es heisst: »Macht der Gesellschafter in Gesellschaftsangelegenheiten Aufwendungen, die er den Umständen nach für erforderlich halten darf, oder erleidet er unmittelbar durch seine Geschäftsführung oder aus Gefahren, die mit ihr untrennbar verbunden sind, Verluste, so ist ihm die Gesellschaft zum Ersatze verpflichtet.« Welcher Art nun dieser Ersatz, den die Gesellschaft dem zahlenden Gesellschafter nach H. G. B. gewährt, wollen wir eingehend betrachten.

Das H. G. B. spricht von Aufwendungen A. H. G. B. von Auslagen; wird nun die Zahlung einer Gesellschaftsschuld durch den Gesellschafter ebenfalls als eine Aufwendung, (Auslage) im Sinne des H. G. B. aufgefasst? Jegliche Verwendungen von Sondervermögen eines Gesellschafters, die er im Interesse der Gesellschaft macht; alle Aufwendungen, die zu Gesellschaftszwecken aus dem Privatvermögen der Gesellschafter gemacht werden, und welche nicht als Einlage geleistet werden, sind Auslagen [1])

Es fallen darunter, wie dies v. Hahn und Staub

---

1) Commentare von Behrend, v. Hahn, Staub, Puchell bei Art. 93.

ausdrücklich betonen, die Zahlungen von Gesellschaftsschulden, die Kosten, welche durch Ausführung der Gesellschaftsangelegenheiten erwachsen, vorgeschossene Gelder [1]), auch Darlehn, überhaupt alle für Rechnung der Gesellschaft gemachten Geldverwendungen. Es ist also auch die Zahlung einer Gesellschaftsschuld durch einen Gesellschafter als Aufwendung (Auslage) im Sinne des § 110 H. G. B. aufzufassen, ebenso die freiwillige Bezahlung einer Gesellschaftsschuld wie auch die Zahlung in Folge der Gesamthaftung.

Nach römischem Rechte waren die Ansprüche auf Erstattung von Auslagen mit der actio pro socio gegen die übrigen Gesellschafter geltend zu machen. Es konnte der Gesellschafter, der die Auslagen gemacht, diese nicht zum vollen Betrage einfordern, vielmehr konnte er für den Anteil, der auf ihn selbst entfiel, keinen Ersatz verlangen. Die übrigen Gesellschafter hafteten ihm nicht als Gesamtschuldner, sondern nur jeder auf einen Teil nach Massgabe ihrer Beteiligung an der Gesellschaft. Nach 1. 65 § 64 D. actio pro socio konnte jeder Gesellschafter den Kläger an das Gesellschaftsvermögen verweisen, wenn dieses jedoch nicht ausreichte, konnte Kläger das übrige Vermögen der Gesellschafter in Anspruch nehmen.

Nach 110 tritt der zahlende Gesellschafter in ein Gläubigerverhältniss zur Gesellschaft. Hierbei steht die Gesellschaft diesem Gesellschafter als Einheit gegenüber, während dieser sich im Grossen und Ganzen in der

---

[1]) Anders Cosack, Makower. Seite 16. Anmerk. 1.

Stellung eines dritten Gläubigers befindet. Aus dieser Möglichkeit, dass Gesellschafter in ein Gläubigerverhältnis zur Gesellschaft treten kann, wurde von vielen Rechtslehrern geschlossen, dass die Off. H. G. eine juristische Person sei. Denn das Wesen der Person besteht in der Fähigkeit, Rechtssubjekt, also z. B. Gläubiger und Schuldner zu sein [1]). Diese Obligationen zwischen Gesellschaft und Gesellschaftern sind jedoch in Wahrheit nur Rechtsverhältnisse zwischen den Gesellschaftern, die dadurch modifiziert werden, dass die Schuld zum Gesellschaftsfond eigentlich gehört [2]). Ein Gesellschafter, der in einem Gläubigerverhältniss zur Gesellschaft steht, hört nicht auf, Gesellschafter zu sein; seine Eigenschaft als Gesellschafter lässt sich nicht ganz unterdrücken.

Er kann seine Gläubigerrechte so lange geltend machen, so lange dieselben gegen das Gesellschaftsvermögen verfolgt werden können. Der Gesellschaftsvertrag kommt jedoch gleich wieder zur Anwendung, sobald ein solches zwischen der Gesellschaft und dem Gesellschafter zu begründendes Rechtsverhältnis anders als gegen den Gesellschaftsfond geltend gemacht werden soll. Die Doppelseitigkeit des Verhältnisses hat zur Folge, dass die unbedingte Solidarhaft im Verhältnis zu einem Gläubiger, der gleichzeitig Gesellschafter ist, nicht existiert[3]). Mit der Gesellschaft, welche dem zahlenden Gesellschafter für seine Aufwendung nach § 110 H. G. B. zum Ersatze verpflichtet

---

1) Siehe Seite 8.
2) Siehe Seite 11, oben.
3) R. G. 13. 50 Cosack Comment. 374.
Comment. v. Hahn 48 Behrend 415.

ist, ist das Gesellschaftsvermögen gemeint, denn von einer Gesellschaft als solcher kann im Gegensatze zu den Mitgliedern nur die Rede sein, soweit das gemeinschaftliche Vermögen und die Beziehungen, in welchen der Einzelne dazu steht, in Betracht kommen. Der Anspruch des Gesellschafters, der eine Gesellschaftsschuld bezahlt, richtet sich nach § 110 H. G. B. lediglich gegen das Gesellschaftsvermögen, den Gesellschaftsfonds.

Machen wir uns den Begriff desselben klar.

Das Gesellschaftsvermögen, der Gesellschaftsfonds wird nach dem H. G. B. § 105, und dem B. G. B. § 705 § 713 als Essentiale einer Gesellschaft verlangt. Die Schaffung eines Gesellschaftsfonds, eines »Zweckvermögens«[1]) ist eine Bedingung, die nicht zu umgehen ist. Das Vermögen der Off. H. G. steht im deutschrechtlichen Miteigentum zur gesamten Hand[2]) und ist eine aus dem Vermögen der einzelnen Gesellschafter zur Betreibung des Gesellschaftsgeschäfts abgesonderte, der Verfügung zu Privatzwecken entzogene Vermögensmasse. Der Gesellschaftsfond soll nur gesellschaftlichen Zwecken dienen.

Diese Gebundenheit des Gesellschaftsvermögens besteht solange, bis sie durch Beschluss aller Gesellschafter für das ganze Gesellschaftsvermögen oder einen Teil desselben aufgehoben wird. Jeder Gesellschafter hat einen Anteil am Gesellschaftsvermögen. Dieser besteht zunächst aus der Summe aller Beiträge, welche er zu

---

1) Behrend's Commentar § 609.

2) Siehe S. 14. Behrend H. R. 609. Thöl, S. 314 R. O, H. 12, 261. 24, 60.

demselben geleistet hat, nach Abzug aller von ihm aus dem Gesellschaftsfond entnommenen Summen [1]). Weiter wird der Anteil eines Gesellschafters am Gesellschaftsvermögen gebildet durch seinen Anteil am Gewinn und Verlust und den Zinsen. Die Eigentümlichkeit des Vermögensanteils liegt darin, dass er in einer Summe besteht und zwar in einer veränderlichen Summe. Dieser Anteil bildet ein Contocorrent, ein Capitalkonto, zwischen der Gesellschaft als Firma als solcher und dem Gesellschafter, das sich stets durch Eintragungen von Summen in das Habet und debet [2]) verändert. Zieht man von dem Reingewinn des Geschäfts am Ende eines jeden Jahres die Saldi der einzelnen Kapitalkonten ab, so erhält man den Gewinn oder Verlust. Derselbe wird nicht verteilt, resp. zur Deckung in Baar eingefordert, sondern es findet eine blosse gegenseitige Abrechnung statt. Den Vermögensanteilen also den Kapitalkonten der Gesellschafter verleiht zwar das Zuschreiben und Abschreiben von Summen die äussere Gestalt eines Forderungsrechtes zwischen der Firma und den Gesellschaftern, d. h. zwischen dem Gesellschaftsfond und dem Privatvermögen der einzelnen Gesellschafter; in Wahrheit sind diese Kapitalkonten demnach nur Quoten am Gesellschaftsvermögen, sie sind keine Gesellschaftsschulden. Der Teilbetrag des Gewinnes oder Verlustes, der auf jeden Gesellschafter entfällt, wird jedem auf sein Kapitalkonto kreditiert resp. debitiert. Die Summe dieser Saldi aller

1) Laband Beiträge zur Dogmatik der Off. H. G. Bd. 31.
2) Laband Beiträge Bd. 31. S. 1. ff.

Kapitalkonten ist gleich dem reinen Geschäftsvermögen in diesem Momente; das einzelne Saldo ist der Anteil des betreffenden Gesellschafters am Gesellschaftsvermögen, es kann passiv oder activ sein. Der Anteil des einzelnen Gesellschafters kann jederzeit berechnet werden. Es ist dazu Abschluss der Bücher notwendig, nämlich bei der Aufstellung der Jahresbilanz oder im Falle der Auseinandersetzung. Allerlei Erstattungen und Auslagen können, indem sie auf das Kapitalkonto des Gesellschafters, der sie gemacht hat, gutgeschrieben werden, seinen Geschäftsanteil erhöhen. Das Aktivguthaben ist eine Art Forderung des Contoinhabers auf Verzinsung für das laufende Jahr, § 121 H. G. B., auf Feststellung seines Anteils für das folgende Jahr auf Grundlage des alten Kapitalkonto, im Falle der Auflösung der Gesellschaft oder Ausscheidens auf baare Auszahlung desselben. Bei Beendigung der Auflösung, der Liquidation, erhält be der Schlussverteilung jeder Gesellschafter den ihm von dem Gesellschaftsvermögen zukommenden Anteil.

## § 8. Der in § 110 H. G. B. gegebene Ersatzanspruch an das Gesellschaftsvermögen begründet kein Forderungsrecht sondern einen Abrechnungsposten bei der Auseinandersetzung.

Wir gehen nunmehr zu der Frage über, wie Beschaffen, welcher Art der Ersatz ist, den das H. G. B. in § 110 dem eine Gesellschaftsschuld zahlenden Gesellschafter an das Gesellschaftsvermögen giebt.

Bei Einigkeit zwischen den Gesellschaftern ist der gewöhnliche Verlauf der, dass eine Gesellschaftsschuld

an ein Mitglied aus dem Gesellschaftsfond bezahlt und dann als Passivum auf die Konten der einzelnen Gesellschafter verteilt wird, wobei auch der Gläubigergesellschafter gemäss § 722 B. G. B., § 121 H. G. B. kontribuiert. Das ist die einfachste Art der Befriedigung, die wohl am häufigsten im Verkehr vorkommt.

Wie, wenn Zahlung aus dem Gesellschaftsvermögen verweigert wird, oder das letztere zur Zahlung nicht ausreicht? In diesem Falle kann Gläubiger nur verlangen, dass ihm seine Forderung, die er gegen den Gesellschaftsfond hat, auf sein Kapitalkonto gutgeschrieben wird.

Wenn sich nun infolge dessen bei der nächsten Bilanz ein Verlust ergiebt, so ist dieser den eizelnen Gesellschaftern mit Einschluss des betreffenden Gläubigers nach ihrem vertragsmässigen oder gesetzlichen »Anteil am Verlust«, auf ihren Konten zuzuschreiben, resp. ihren Activen abzuschreiben [1]).

Begründet nun das Aktivsaldo des Kapitalkonto's des Gesellschafters, worauf ihm seine gegen die Gesellschaft zustehende Forderung gutgeschrieben wurde, eine wahre Obligation, ein klagbares Recht des Gesellschafters gegen das Gesellschaftsvermögen?

Die Off. H. G. ist keine juristische Person, das Vermögen, mit dem sie arbeitet, ist nicht Eigentum der Gesellschaft als solcher, sondern ein Gesamtgut der Ge-

---

1) v. Hahn Zusatz zu 122 S. 418.

Nach R. G. 31, 140 richtet sich die auf Zahlung gehende Forderung nicht erst gegen den Gesellschaftsfond speziell, sondern wird sofort auf das Kapitalkonto des betreffenden Gesellschafters gut geschrieben.

sellschafter zur »gesamten Hand«, und deswegen besitzt die Off. H. G. weder passive noch active Vermögensfähigkeit, d. h., sie kann als solche weder Schulden noch Forderungsrechte haben. Es wird also das Aktivsaldo des Conto des Gesellschafters eine echte Obligation an den Gesellschaftsfond nicht begründen können. Adler [1]) stellt einen Satz auf, dass die Forderungen der Gesellschafter gegen die Gesellschaft nicht Passiva des Gesellschaftsvermögens bilden können. Das jeweilige Aktivsaldo des Konteninhabers ist keine einklagbare Forderung des Konteninhabers gegen den Gesellschaftsfond, dies folgt bereits aus der der Gesamthand charakteristischen Gebundenheit des Einzelnen an die einmal eingegangene Gemeinschaft, kraft deren er nicht ohne Weiteres berechtigt ist, Teilung zu verlangen und auf diese Weise sein Kapitalkonto aus dem Unternehmen herauszuziehen.

Es sind die Saldi, wie schon gesagt, eben »fictive Ziffern« [2]), die dem Gesellschafter seine gegenwärtige günstige oder ungünstige Stellung in der Gesellschaft veranschaulichen, indem sie die Höhe der Forderungen und Verbindlichkeiten angeben, die ihm in dem angenommenen Falle einer augenblicklichen Auflösung der Gesellschaft zustehen würden.

Der eine Schuld zahlende Gesellschafter würde somit kein klagbares Recht erzielen können und müsste mit seiner, auf sein Kapitalkonto ihm gut geschriebenen

---

1) Entwickelung und Dogmatik des Gesellschaftsrechts S. 124.
2) Staub: Comment. Anmerk. 7 zu § 120.

Forderung bis zur Auseinandersetzung bei der Auflösung der Gesellschaft warten, wenn die Gesellschafter einheitlich untereinander abrechnen.

Die Auflösung der Off. H. G. erfolgt nach Massgabe der § 131—144 H. G. B. (123—132 A. H. G. B.)

Nach Auflösung der Gesellschaft ausser dem Falle des Konkurses erfolgt die Liquidation der Off. H. G. nach § 145 ff. H. G. B. (133 ff. A. H. G. B.)

Im Falle des Konkurses, durch welchen die Gesellschaft aufgelöst wird [1]), findet ebenso wie bei der Liquidation eine definitive Auseinandersetzung statt. Doch hat keine Forderung der Gesellschafter an das Gesellschaftsvermögen unbedingten Anspruch auf Befriedigung, sondern es findet eine gegenseitige Abrechnung statt. Die Mitgliedrechte der Gesellschafter gegen die Gesellschaft gehören nicht zu den Gesellschaftspassiven im Konkurse, weil sie keine Forderungsrechte sind [2]). Das Aktiv- resp. das Passivsaldo begründet lediglich persönliche Verbindlichkeiten resp. Ansprüche einzelner Mitgesellschafter, infolge dessen besteht keine eigentliche Gesellschaftsschuld oder Forderung und weder der Activnoch der Passiv-Saldo ist der Geltendmachung im Konkurse fähig [3]).

In der Liquidation findet, wie bemerkt eine endgültige Auseinandersetzung statt. Das H. G. B. giebt hierüber Vorschriften.

---

1) § 131 z. H. G. B. (123).

2) Siehe S. 32.

3) Lehman Note 2 zu § 144 H. G. P. Cosack § 109 Anmerk. zu V. Gierke, Genossenschaftstheorie. Seite 564 Note 2.
Abweichend Jäger Konk.-Ordnung 210 Anm. 15: »Hiernach bilden

Bis zur Beendigung der Liquidation, ungeachtet der Auflösung der Gesellschaft kommen die Vorschriften in Bezug auf das Rechtsverhältnis der bisherigen Gesellschafter untereinander nach Innen, in Anbetracht [1]).

Hiernach hat auch während der Liquidation der eine Gesellschaftsschuld zahlende Gesellschafter kein unabhängiges Rückgriffsrecht gegen seine Mitgesellschafter [2]), es erfolgt vielmehr eine endgültige Auseinandersetzung, eine Verrechnung [3]) unter den Gesellschaftern. Diese haben die zu Liquidatoren Berufenen herbeizuführen. Sie erfolgt nach der Abwickelung aller laufenden Geschäfte, nachdem die Forderungen eingezogen, das übrige Vermögen in Geld umgesetzt und sämtliche Gläubiger befriedigt sind [4]), auf Grund einer nach den für die Gesellschaft geltenden gesetzlichen oder vertragsmässigen Bestimmungen aufgenommenen letzten Bilanz. In diese Bilanz wird das Resultat der Liquidation aufgenommen, und dann wird der jeden Gesellschafter treffende Anteil am Gewinn oder Verlust festgestellt, und dieser sodann auf das Kapitalkonto eines jeden zugeschrieben. Die Summe der Saldi aller Konti der einzelnen Gesellschafter, mögen sie aktiv oder passiv sein,

---

reine Gesellschaftsschulden und somit Konkursforderungen auch die Ersatzansprüche eines Gesellschafters für Verwendungen und Verluste nach § 110 H. G. B. Ebenso gelten diese Forderungen im Konkurse der Gesellschaft als Konkursforderungen nach Ro. H. G. V. 205 XXIV 136. Busch Arch. IX 339 ff.

1) § 156 H. G. B. (144 A. H. G. B.)

2) Siehe § 5 der Abhandlung.

3) Meurer Jurist. Pers. S. 85.

4) § 149 H. G. B. (137).

bildet das Gesellschaftsvermögen[1]). Dieses ist von den Liquidatoren nach Verhältnis der Kapitalanteile[2]), wie sie sich auf Grund der Schlussbilanz ergeben, unter die Gesellschafter zu verteilen.

Einfach ist die Auseinandersetzung, wenn sich nur Aktivsaldi ergeben; wenn Aktiv- und Passiv-Saldi vorhanden sind, so sind die Inhaber der ersteren berechtigt, das bestehende Aktivgesellschaftsvermögen untereinander zu teilen nach Verhältnis ihrer Saldi und die Berichtigung der Passiv-Saldi von deren Inhabern zu verlangen. Ist ein Gesellschafter insolvent geworden, so dass er das von ihm den übrigen Gesellschaftern auf Grund seines Passiv-Saldo's Geschuldete nicht bezahlen kann, so ist, weil der Anspruch auf dem Gesellschaftsvertrage beruht, der Ausfall von den übrigen Gesellschaftern nach gleichem Verhältnis zu tragen[3]).

Es können, wie wir bisher erwiesen, die Forderungen, die dem eine Gesellschaftsschuld zahlenden Gesellschafter auf Grund des ihm in § 110 H. G. B. gegebenen Ersatzanspruches gegen die Gesellschaft, deutlicher gegen das Gesellschaftsvermögen, zustehen, erst bei der endgültigen Auseinandersetzung in der Liquidation zum Ausdruck kommen, da sie dem Gesellschafter auf seinen Anteil, sein Kapitalkonto, gutgeschrieben werden und die Verrechnung dieser Konti erst bei der Auseinandersetzung verlangt werden kann[4]). Sie bilden auch hier keine

---

1) Siehe Seite 30.
2) § 155 H. G. B. (141).
3) B. G. B. § 735.
4) Siehe Seite 32 unten u. Meikel Müller Comment. 376.

richtigen Passiva des Gesellschaftsvermögens, kein klagbares Forderungsrecht an dasselbe, sondern finden nur eine Berücksichtigung, wie gesagt in der endgültigen Verrechnung unter den Gesellschaftern [1]).

## § 9. Analogie des ehelichen Güterrechts.

Rechtsverhältnisse ähnlicher Natur, wie sie zwischen dem eine Gesellschaftsschuld zahlenden Gesellschafter, der, wie wir gesehen, kein klagbares Recht an das Gesellschaftsvermögen, sondern nur einen Abrechnungsposten mit den übrigen Gesellschaftern bei der Auseinandersetzung hat, und der Gesellschaft als solcher bestehen, finden wir auch in dem vertragsmässigen Güterrecht und zwar ebenso bei der allgemeinen Gütergemeinschaft wie auch bei der Errungenschafts und Fahrnissgemeinschaft.

Die über die juristische Natur der allgemeinen Gütergemeinschaft aufgestellten Theorieen haben viel gemeinschaftliche charakteristischen Merkmale mit den über die Off. H. G. aufgestellten Theorieen, ja vielleicht decken sie sich fast ganz mit diesen. Zu erwähnen wären besonders die Societätstheorie [2]), ferner die Theorie des con-

---

1) Nach Adler S. 124 bilden die Forderungen der Gesellschafter gegen die Gesellschaft keine Passiva des Gesellschaftsvermögens in der Liquidation, da die Liquidatoren (ebenso Staub § 5 zu Art. 141 mit Berufung auf R. O. H. G. XXIII, S. 100) ihre Pflicht »geradezu verletzen würden,« wenn sie die Forderungen der Gesellschafter ohne Rücksicht auf den Stand des Liquidationsanspruchs befriedigen würden.

2) Bei Lauterbach und Maevius, dies ebenso im Oestr. H. R. die Theorie deckt sich vollständig mit der über die Off. H. G.

dominium plurium in solidum, schliesslich die erst neuerdings wissenschaftlich begründete Theorie »der gesamten Hand«, wonach hinsichtlich des Gesamtgutes ein deutschrechtliches Miteigentum der Ehegatten vorliegt, ebenso, wie hinsichtlich des Gesellschaftsvermögens den Off. H. G. ein Miteigentum der Gesellschaft zur »gesamten Hand« stattfindet [1]).

Ebenso wie bei der Off. H. G. die Rechte der Gesellschafter am Gesellschaftsvermögen eine Mitberechtigung zur »gesamten Hand« sind, sind auch alle Rechte am Gesamtgut gemeinschaftliche Rechte der Ehegatten zur »gesamten Hand«. Alle Sachen des Gesamtgutes gehören den Ehegatten als Miteigentümern und zwar nicht zu bestimmten Bruchteilen sondern zur »gesamten Hand«, die Anteile beider Gatten sind gebunden, die Teilungsklage ist während der Dauer der Gütergemeinschaft ausgeschlossen und kein Ehegatte kann über sei-

---

1) Als Beweis, dass man die Gütergemeinschaft des ehelichen Güterrechts für ein der Off. H. G. verwandtes Gebilde ansah, dient folgende interessante Entscheidung des Kreisgerichts in Thorn vom 19. 12. 1863, S. 232 in »Busch Archiv« Ein von der gütergemeinschaftlichen Wittwe und den minorennen Kindern eines Kaufmanns fortgesetzte Handlung ist für eine Handelsgesellschaft im Sinne des Art. 85 A. H. G. B. zu betrachten.« Die Wittwe ist berechtigt, nach dem Tode ihres Mannes Fortsetzung der Gemeinschaft mit den noch nicht abgefundenen Kindern anzulegen. Wittwe und Kinder befinden sich im Miteigentum des gesamten Nachlasses. Verabreden sie nun, dass die zum Nachlass gehörige Handlung fortgesetzt werden soll, zu welcher Verbindung es nach Art. 85 A. H. G. B. irgend welcher Förmlichkeiten nicht bedarf, und tritt diese Fortsetzung der Handlung auch thatsächlich ins Leben, so ist damit eine Handelsgesellschaft im Sinne des H. G. B. konstituiert. Alle Voraussetzungen im Art. 85 sind in solchem Falle vorhanden.

Ebendies Gruchoh Beitr. 19 S. 749 ff.

nen Anteil an dem Gesammtgute verfügen [1]), wie auch ebenso die Gesellschafter der Off. H. G. kraft der einmal eingegangenen Gemeinschaft nicht berechtigt sind, Teilung zu verlangen [2]).

Die Anteile der Ehegatten können, weil sie, wie gesagt, ebenso wie die Anteile der Off. Handelsgesellschafter am Gesellschaftsvermögen, im Miteigentum zur gesamten Hand stehen, während der Dauer der Gemeinschaft als selbständige Vermögensrechte nicht geltend gemacht werden, sondern können erst nach Auflösung der Gemeinschaft als Sonderrechte der Ehegatten an der gemeinschaftlichen Masse hervortreten [3]).

Es findet in den Verhältnissen zu einander eine Ausgleichung der Verbindlichkeiten statt, ebenso wie dies bei der Off. H. G. stattfindet.

Wenn einer der Ehegatten Verwendungen in das Gesamtgut gethan hat, steht ihm hinsichtlich dessen ebensowenig ein klagbares Forderungsrecht zu, wie einem off. Handelsgesellschafter ein solches an das Gesellschaftsvermögen zusteht.

Hat der Mann aus dem Gesamtgute Verwendungen in sein Vorbehaltsgut gemacht, so ist der Wert des Verwendeten zu ersetzen, und umgekehrt kann er Ersatz für seine Verwendungen in das Gesamtgut aus diesem verlangen [4]).

---

[1]) § 1442 B. G. B.
[2]) Siehe Seite 32.
[3]) Motive IV Band 335.
[4]) § 1466 B. G. B.

Diese Schulden des Mannes zu dem Gesamtgut oder der Frau zu dem Vorbehaltsgute des Mannes, sind erst nach der Beendigung der Gütergemeinschaft bei der Auseinandersetzung zu berichtigen [1]).

Wie wir sehen, begründet jedoch der Anspruch auf Ersatz der Verwendung, die ein Gatte in das Gesamtgut gemacht hat, kein Forderungsrecht gegen dasselbe, sondern es kann erst der Ersatzanspruch bei der endgültigen Auseinandersetzung bei Beendigung der ehelichen Gütergemeinschaft zur Geltung kommen [2]).

Es hängt eben mit dem Princip der Gesamthand zusammen, dass ein einzelner Gesellschafter nicht berechtigt ist, Teilung der Gütermasse, in unserem Falle des Gesamtgutes, zu verlangen [3]) und dies würde geschehen, wenn der Gatte das bereits in das Gesamtgut inferierte, verlangen würde. Die im § 1442 B. G. B. ausgesprochene Unübertragbarkeit der Anteile hat zur Folge die Bestimmung des § 560 C. P. O. Abs. 1, wonach die Anteile des überlebenden Ehegatten und der Abkömmlinge an dem Gesamtgut bei der fortgesetzten allgemeinen Gütergemeinschaft ebenso auch an den einzelnen dazu gehörenden Gegenständen der Zwangsvollstreckung nicht unterworfen sind, und infolge dessen gemäss K. O.' auch nicht in die Konkursmasse fallen während Bestehens der fortgesetzten Gütergemeinschaft [4]).

---

1) § 1467 B. G. B.

2) § 1466. $67_2$ B. G. B.

3) § 1442 B. G. B.

4) Ebenso Jäger K. O. § 2. 16. Beim Konkurs der anteilberechtigen Abkömmlinge haftet das Gesamtgut nicht für die Verbindlichkeiten derselben.

Weil eben die Anteile der Gemeinschafter nicht übertragbar sind, so sind sie der Pfändung nicht unterworfen. Ebenso bleibt auch beim Konkurse der Ehefrau das Gesamtgut unberührt; der Mann ist nicht Konkursgläubiger und hat hinsichtlich seiner in das Gesamtgut gemachten Verwendung kein klagbares Recht [1]). Umgekehrt gehört das Gesamtgut zur Konkursmasse beim Konkurse des Mannes und die Ehefrau ist Konkursgläubigerin, hat aber auch Ersatzverbindlichkeiten zum Gesamtgut zur Konkursmasse einzuzahlen [2]). Es steht also sowohl den anteilberechtigten Abkömmlingen bei der fortgesetzten Gütergemeinschaft wie dem Gatten bei der allgemeinen Gütergemeinschaft für Verwendungen an das Gesamtgut kein klagbares Forderungsrecht zu, ebenso wie dem off. Handelsgesellschafter ein solches an den Gesellschaftsfond nicht zusteht.

Es ist ihnen vielmehr ein Gleiches wie dem off. Handelsgesellschafter gegeben, ein Abrechnungsposten bei der endgültigen Auseinandersetzung, wenn die Gütergemeinschaft beendigt ist [3]). Eine solche erfolgt nach Auflösung der Gütergemeinschaft; bis zu deren Durchführung dauert ebenso wie bei der Off. H. G. [4]) das Gemeinschaftsverhältnis zur »gesamten Hand« fort. Das Objekt der Auseinandersetzung ist hier das Gesamtgut [5]). Die Bestimmungen des B. G. B. über die Auseinander-

---

1) Jäger K. O. Anm. 3.
2) Jäger w. o.
3) § $1487_2$ B. G. B.
4) Siehe § 156 H. G. B.
5) § 1473 B. G. B.

setzung sind nur von subsidiärer Bedeutung, der vertragsmässigen Vereinbarung ist sowie in der Off. H. G.[1]) die erste Stelle zugewiesen.

Die Teilungsmasse hinsichtlich deren eine Verrechnung unter den Gatten stattfindet, besteht aus dem nach der Berichtigung der Gesamtgutsverbindlichkeiten übrig bleibenden Rest des Gesamtgutes zuzüglich der Ersatzverbindlichkeiten der Teilnehmer an dem Gesamtgute, insbesondere zuzüglich des Betrages aus dem Gesamtgute getilgter im Verhältnisse der Teilnehmer zu einander ihnen zur Last fallenden Gesamtgutsverbindlichkeiten[2]).

Der Teilungsmassstab ist nach dem B. G. B.[3]) das Princip der Halbteilung. Die Teilnehmer bei der allgemeinen Gütergemeinschaft, die Ehegatten, bei der fortgesetzten die überlebenden Ehegatten und die Abkömmlinge bekommen je die Hälfte des Gesamtgutes, es werden jedoch gemäss § $1476_2$ B. G. B. die Ersatzverbindlichkeiten der Teilnehmer gegenüber dem Gesamtgut auf ihren Anteil angerechnet.

Es findet also, wie wir sehen, hier eine ähnliche Verrechnung statt bei der Auseinandersetzung hinsichtlich des Gesamtgutes wie bei der Off. H. G. bei der Auseinandersetzung der Gesellschafter unter einander; ein klagbares Recht an das Gesamtgut ist ebensowenig hier dem Gemeinschafter gegeben, wie bei der Off. H. G. dem Gesellschafter an das Gesellschaftsvermögen.

---

1) § 156 H. G. B. verweist auf 109 H. G. B.
2) Motive S. 413.
3) B. G. B. § 1476, 78, 79.

## § 10. Berücksichtigung der Handelsrechtlichen Litteratur, nach welcher ein Regressrecht dem zahlenden Gesellschafter zusteht.

Ein Teil der Handelsrechtlichen Litteratur giebt dem zahlenden Gesellschafter ein Regressrecht an die übrigen Gesellschafter.

Wir haben in der Abhandlung bisher feststellen können, dass die bei weitem zahlreichere Litteratur des Handelsrechts sowie unseres Erachtens auch die Normen der H. G. B. ein Regressrecht des eine Gesellschaftsschuld zahlenden Gesellschafters den übrigen Gesellschaftern gegenüber nicht zulassen, vielmehr ihm nur einen Anspruch an den Gesellschaftsfond, nach § 110 realisierbar erst bei der endgültigen Auseinandersetzung geben.

Ich will nunmehr diejenige Handelsrechtliche Litteratur berücksichtigen, welche einen Regress dem zahlenden Gesellschafter giebt.

Einen beschränkten Regress giebt Renaud. Falls nämlich des Gesellschaftsfond zur Deckung der Schuld des zahlenden Gesellschafters »insuffizient« ist, so ist eine Ausklagung der einzelnen Mitgesellschafter zu deren Anteilen »auf Ersatz der Auslagen und Vorschüsse« möglich. Auch v. Canstein [1]) giebt einen beschränkten Regress. Wenn hiernach ein Gesellschafter nach Aussen mit einer grösseren als der wirklichen gemachten Einlage zu haften verpflichtet ist, während nach Innen vereinbart wird, dass er blos beschränkt haften, oder eine kleinere Einlage machen solle, als jene, mit der er nach

1) Commentar zum H. G. B. zu Art. 112.

Aussen haftet; in solchen Fällen hat der Gesellschafter ein Regressrecht gegen seine Mitgesellschafter, da er mehr leisten musste, als nach Innen vereinbart war.

Einen vollständig unbeschränkten Regress giebt Anschütz Völdendorf in seinem Commentar. Hier ist der Gesellschafter berechtigt, den Ersatz des vollen Betrages seinen Auslagen und Vorschüsse zu fordern; er braucht sich nicht einmal den Abzug des auf ihn als Mitglied der Gesellschaft fallenden Anteils der Schuld gefallen zu lassen [1]).

Die Gesellschaft steht hier als selbständiges Rechtssubjekt gegenüber, die Gesellschaft unter ihrer Firma und der Gesellschafter werden als zwei verschiedene Personen behandelt. Weiter haften nach Anschütz »selbstverständlich« auch die einzelnen Mitgesellschafter für den Ersatz seiner Auslagen und Vorschüsse. Die Klage gegen diese ist von der gegen die Gesellschaft verschieden.

Auch Auerbach lässt in seinem Handelsrecht einen Regress zu; es haften »für Verbindlichkeiten, die ein Gesellschafter in Gesellschaftsangelegenheiten übernimmt, für Auslagen, die er gemacht« ihm die Gesellschaft, sowie auch die Mitgesellschafter.

Brix erklärt in seinem Commentar das Regressrecht unter Berufung auf § 896 d. Oestr. B. G. B. für zulässig; es kann die zahlende Mitschuldern zur »ungeteilten Hand« von den übrigen Gesellschaften fordern.

Am genauesten und eingehendsten befasst sich Makower in seinem Commentar zum H. R. mit der Frage

---

[1]) Anschütz Völdendorf beruft sich auf Ent. d. O. H. G. Dresden vom 15. 10. 65 in Busch Archiv IX 391.

der Möglichkeit eines Regresses des zahlenden Gesellschafters. Makower zitiert zunächst einen Abschnitt der Denkschrift zum H. G. B. S. 93, in welchem sich der Gedanke der Möglichkeit eines Regresses findet: »Der Grundsatz, dass bei der Off. H. G. die Gesellschafter für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft den Gläubigern als Gesamtschuldner mit ihrem ganzen Vermögen haften, ist im § 128 H. G. B. (112) ohne Einschränkung aufgestellt. Dessenungeachtet ist früher vielfach angenommen worden, dass die bezeichnete Regel eine Ausnahme erleiden müsse, soweit es sich um die Forderungen eines Gesellschafters gegen die Gesellschaft handelt und zwar ohne Unterschied, ob die Forderung sich auf das Gesellschaftsverhältnis gründet, oder ob sie auf einem selbständigen Rechtsgeschäft beruht, das der Gesellschafter mit der Gesellschaft geschlossen hat. Die neue Rechtssprechung des Reichsgerichts ist jedoch von dieser Auffassung abgegangen und hat unter gewissen Einschränkungen auch dem einzelnen Gesellschafter das Recht zugestanden, wegen seiner Forderung an die Gesellschaft die Mitgesellschafter in Anspruch zu nehmen. Es liegt kein genügender Grund vor, dieser Rechtssprechung durch gesetzliche Vorschriften entgegenzutreten.«

Auf diesem Abschnitt der Denkschrift baut nun Makower seine Regressstheorie auf. Er giebt den Regress nur bei der »auf Zahlung gehenden Forderungen.« Hat ein Gesellschafter eine Gesellschaftsschuld aus eigenen Mitteln bezahlt, so hat er eine Aufwendung im Gesellschaftsinteresse gethan. Makower giebt dafür dem Gesellschafter einen Regress an die Mitgesellschafter. Nach

ihm liegt bei solchen Forderungen die »bei dem Abschluss des Gesellschaftsvertrags nicht vorherzusehen sind,« in dem vertraglichen Ausschluss der Pflicht zur Einlage-erhöhung kein Verzicht auf Beitreibung des die Mitgliedschafter treffenden Anteils, und es steht mithin der uneingeschränkten Regel von § 128 H. G. B. keine Beschränkung aus B. G. B. § 707 (92 A. H. G. B.) entgegen. Die Gesetzesvorschrift des § 110 H. G. B. (93 A. H. G. B.), nach welcher für Aufwendungen und für Verluste des Gesellschafters ihm nur die Gesellschaft ersatzpflichtig ist, schliesst nach Makower den Regress nicht aus. Denn, wenn man im § 110 H. G. B. (93 A. H. G. B.) den Ausschluss der Gesamthaftung der Mitgesellschafter erblicken sollte, so könnte man folgern, »dass darin ein Grundsatz zum Ausdruck gekommen ist, der für alle Fälle einer anlässlich des Gesellschaftsverhältnisses entstandenen Forderung gilt.« Nach der bisher herrschenden Meinung, meint Makower, sei zwar auch jeglicher Regress in allen Fällen, so lange die Gesellschaft besteht, ausgeschlossen. Zutreffender wäre es, wenn man das Gegenteil annähme, da diese Theorie viel mehr der Billigkeit entspräche [1]).

---

1) Makower Commentar zum H. G. B. bis § 128 Anmerk. 1. ff.

# III. Hauptstück.

## Nach § 128 H. G. B. besteht für die Off. Handelsgesellschafter ein Gesamtschuldverhältnis, deswegen besteht auch für den zahlenden Gesellschafter ein Regressrecht.

### § 11. Nach § 128 H. G. B. besteht ein Gesamtschuldverhältnis.

a) Begriff des Gesamtschuldverhältnisses.

»Die Gesellschafter haften für alle Verbindlichkeiten der Gesellschaft den Gläubigern als Gesamtschuldner persönlich«, sagt § 128 (112) des Handelsgesetzbuches. Die Kommission zur Beratung des deutschen Handelsgesetzbuches hat sich darüber nicht ausgesprochen, welcher Art das den offenen Handelsgesellschaftern als Schuldnern zu Grunde liegende Gesamtschuldverhältnis sei. Für die weitere Behandlung des hier gestellten Thema's ist es notwendig, die Art des dem § 128 H. G. B. (112 A. H. G. B.) zu Grunde liegenden Gesamtschuldverhältnisses zu prüfen.

Auf dem Gebiete des Handelsrechts war seit jeher eine vermehrte Sicherheit für die Gläubiger vorzugsweise erwünscht, da dieselbe dazu diente, den Kredit und die Kreditfähigkeit des Kaufmanns zu heben und somit einen regen und sicheren Geschäftsverker herbeizuführen. Schon im römischen Recht finden wir die Bestimmung, dass mehrere argentarii aus ihren Geschäften in solidum hat-

ten [1]). Dies ist jedoch nicht als Wurzel der nun in Deutschland allgemein geltenden solidarischen Haftung der Kaufleute aus ihren Handelsgeschäften anzusehen. Es ist vielmehr die Folge eines nach und nach allgemein eintretenden Handelsgebrauchs, dass die solidare Haftung der Kaufleute als ein natürlicher Bestandteil ihrer Geschäfte betrachtet wird. Eine Stütze fand dieser Handelsgebrauch in dem römischrechtlichen Satze, dass der Institor für den von ihm eingegangenen Geschäfte in Solidum hafte. Man betrachtete nämlich den handelnden Gesellschafter als den Institor der anderen Gesellschafter und begründete damit die solidare Haftung Aller aus dem durch einen von ihnen geschlossenen Handelsgeschäfte. Ursprünglich beschränkte sich die Haftung des nicht handelnden Gesellschafters auf seine Einlage, so dass die Gesellschafter zwar alle solidarisch hafteten, jedoch nur der Kontrahierende mit seinem ganzen Vermögen, die anderen nur bis zum Betrage ihrer Einlagen. Später wurde nach und nach die unbeschränkte Solidarhaft für alle Gesellschafter anerkannt.

Die Entdeckung der Verschiedenheit von Correal- und blosser Solidarobligationen geschah durch Keller und Ribbentrop.

Auch die späteren Schriftsteller haben von Ribbentrops Auseinandersetzungen ausgehend eine Verschiedenheit der Solidar- und Correalobligationen [2]) ebenfalls angenommen, so dass sie in der Correalität und in der Solidarität zwei ganz verschieden zu konstruierende Rechts-

---

1) L. 9. pr. D. 2. 14, l. 34 pr. D. 4. 8.

2) Linde's Zeitschr. zur Lehre von Correalobligationen Bd. 6.

verhältnisse erblickten. Nach der herrschenden Meinung wurde bei der Correalität eine einzige Obligation angenommen, welche sich in mehrere Berechtigungen oder Verpflichtungen spaltete, während bei der blossen Solidarität eine Mehrheit von Obligationen zu Grunde liegen sollte, welche nur durch die Identität der Leistung miteinander im Zusammenhange standen.

Das unterschiedliche Merkmal zwischen den beiden Obligationen wollte noch darin gefunden werden, dass das Correalverhältnis auf dem Willen der im obligatorischen Nexu's stehenden Personen beruhte [1]), also hauptsächlich bei Geschäftsobligationen vorkam, die blosse Solidarität dagegen hauptsächlich aus Delikten und kontraktlichen Verschulden entstand. Im ersten Falle sollte wie gesagt, ein Schuldverhältnis vorliegen mit »Mehrheit subjektiver Beziehungen«, im zweiten dagegen, eine »Vielheit an sich selbständiger Schuldverhältnisse« [2]).

Indes ist gerade diese charakteristische Formulierung neuerdings meist fallen gelassen, ja man hat aus gewichtigen Gründen die ganze Unterscheidung abgelehnt. Den Partikularrechten aus den neuen Gesetzbüchern ist sie durchaus fremd. Das H. G. B., das alte wie das neue, das Allg. Land R., das Oestr. Allg. Ges. B., Code civil, haben den Unterschied nicht aufgenommen, das Allg. Land R. (1794), der Code civil (1807) und Oestr. Allgem. Ges. B. (1811) schon deshalb nicht, weil bei

---

[1]) Savigny Obl. R. 144. Arnd 214, Puchta 234, Dernburg, Pand V. § 71.

[2]) Bei Oertmann Schuldverhältnisse.

ihrer Bearbeitung der Unterschied zwischen Correal und der blossen Solidarobligation noch gar nicht aufgedeckt war [1]).

Das bürgerliche Gesetzbuch hat in Uebereinstimmung mit den modernen Kodifikationen und Entwürfen ebenfalls die Unterscheidung zwischen Correal und Solidarobligationen verworfen [2]). Die Motive rechtfertigen diesen Standpunkt, den schon der erste Entwurf eingenommen hatte, damit, dass für den Gesetzgeber nur in Betracht kommen kann, welche praktische Gestaltung des Gesamtschuldverhältnisses von den Bedürfnissen des Verkehrs gefordert wird und ob diese die Unterscheidung zwischen Correalität und Solidarität erheischen.

Mag eine Gesamtforderung oder Gesamtschuld vorliegen, so sind nach dem B. G. B. stets mehrere Obligationen vorhanden, welche aber in dem Verhältnis stehen, dass alle erlöschen, wenn eine erfüllt oder durch anderweitige Bestimmung des Gläubigers aufgehoben ist. Verbunden sind diese verschiedenen Obligationen durch den gemeinsamen Zweck, den sie verfolgen, die Befriedigung desselben Interesses.

Ein Gesamtschuldverhältnis [3]) kann entstehen durch Rechtsgeschäft, also durch Vertrag und kraft Gesetzes.

1) In den neuen Gesetzbüchern so: A. H. G. B. Art. 112, 178, 204, 211 u. s. w. wird zuweilen der Ausdruck solidarisch angewendet; damit soll aber nur die Gemeinschaft, »in solidum« bezeichnet, nicht aber der Begriff der blossen solidarischen Obligation aus dem Gem. R. eingeführt worden.

2) Die Art. 60, 168, E. G. z. B. G. B.

3) Planck zu § 421. Im Entwurf I z. B. G. B. § 321 Abs. 2 waren folgende Ausdrücke, durch welche rechtsgeschäftlich ein Gesamtschuldverhältnis

Wenn es durch Vertrag entsteht, bedarf es einer ausdrücklichen Vereinbarung nicht. Es haften vielmehr mehrere Personen, die sich durch Vertrag zu einer teilbaren Leistung verpflichten im Zweifel als Gesamtschuldner. Dies ist mit Uebereinstimmung mit A. H. G. B. § 280 mit Rücksicht auf die Verkehrssicherheit angenommen (§ 427 B. G. B.) Diese Vorschrift hat sich nicht nur im Handelsverkehr, sondern auch im bürgerlichen Verkehr bewährt und sie entspricht auch der natürlichen Auffassung des Laien mehr als das römische Recht, welches als Regel Teilhaftung annimmt [1]); so ist es häufig zu beachten, dass Parteien, welche sich gemeinschaftlich verpflichten, z. B. eine Darlehensurkunde unterzeichnen, annehmen, sich dadurch ganz von selbst auf's Ganze haftbar gemacht zu haben.

Nach den Vorschriften des B. G. B. liegt ein Gesamtschuldverhältnis vor, wenn mehrere Schuldner eine Leistung in der Weise schulden, dass jeder von ihnen die ganze Leistung zu bewirken verpflichtet ist, der Gläubiger aber die Leistung nur einmal zu fordern berechtigt ist. Der Gläubiger kann die Leistung nach seinem Belieben von jedem der Schuldner ganz oder zu einem Teile fordern, ohne, dass dem also ausgewählten Schuldner das Recht zustände, den Glaubiger ganz oder teilweise an die anderen Schuldner zu verweisen. Doch kann Gläubiger, wenn er will, auch sämtliche Schuldner gemeinsam be-

---

bezeichnet zu werden pflegt, hervorgehoben: »Alle für Einen, Einer für Alle,« »zur ungeteilten Hand« »samt und sonders« »solidarisch« »korreal.« Von der 2. Kommission dies gestrichen.

1) Commentare von Eneccerus Lehmann zu § 421 B. G. B.

langen. Bis zur Bewirkung der ganzen Leistung bleiben sämtliche Schuldner verpflichtet [1]).

Das Gesamtschuldverhältnis hört durch die einmalige Bewirkung der geschuldeten Leistung auf. Die Erfüllung und deren Surrogate, Leistung an Erfüllungsstatt, Hinterlegung und Aufrechnung durch einen Gesamtschuldner wirken daher auch für die übrigen Schuldner [2]).

Dies kann auch für den Erlass zutreffen, wenn der vertragsschliessende Gläubiger und Gesamtschuldner das ganze Schuldverhältnis aufheben wollen [3]). Endlich wirkt der Annahmeverzug des Gläubigers gegenüber einem Gesamtschuldner auch für die übrigen Schuldner, weil diesen nach der einmal erfolgten Zurückweisung der Leistung nicht zuzumuthen ist, die Leistung ihrerseits noch einmal anzubieten [4]).

Alle anderen Thatsachen ausser der Erfüllung und den ihr gleichstehenden Umständen haben nur subjektive Wirkung. Sie wirken, soweit sich nicht aus dem Schuldverhältnis ein Anderes ergiebt, nur für und gegen den Gesamtschuldner, in dessen Person sie eintreten. Dies gilt insbesondere von der Kündigung, dem Verzuge, dem Verschulden, der Unmöglichkeit der Leistung in der Person eines Gesamtschuldners, von der Verjährung, deren Unterbrechung und Hemmung, von der Vereinigung der Forderung mit der Schuld und mit dem rechtskräftigen Urteile [5]).

---

1) § 421 B. G. B.
2) § 422 B. G. B.
3) § 423 B. G. B.
4) § 424 B. G. B.
5) § 425 B. G. B.

### b) Die Off. Handelsgesellschafter haften als Gesamtschuldner.

Wir untersuchen nunmehr, ob die Haftung der Off. H. G. aus § 128 H. G. B. (112 A. H. G. B.) ein Gesamtschuldverhältnis begründet.

Über die rechtliche Natur dieser Haftung hat das H. G. B., wie bereits bemerkt, nichts bestimmen wollen, da jedoch das H. G. B. als organischer Bestand [1]) unseres bürgerlichen Rechtes zu beachten ist, so ist diese Haftung aus ihm zu erklären.

Savigny [2]) fasst die solidarische Haftung einer Off. H. G. auf, als einen Fall der von ihm so genannten unechten Correalobligationen. Samhaber [3]) und v. Hahn [4]) sowie Windscheid [5]) als echte Correalobligationen. v. Hahn gründet seine Ansicht darauf, dass die solidarische Haftung aus dem beim Kontrahieren im Namen der Gesellschaft erklärten Willen der Gesellschafter, solidarisch haften zu wollen, entspringe. Diese Begründung dürfte wohl nicht ausreichend sein, weil die solidarische Haftung der Gesellschafter nicht blos für Kontrakts-, sondern für alle Verbindlichkeiten der Off. H. G. ausgesprochen ist. Das Correalverhältnis wäre folgendermassen zu begründen: In den Fällen der blossen Solidarität ist die Haftung der Mehreren stets begründet durch eine Mehrheit

---

1) R. O. H. S. 385.
2) Obligationen R. I. 287.
3) Zur Lehre von den Correalobligationen.
4) Commentar I. S. 362.
5) Lehrbuch II. § 297 Note 8.

von Thatsachen [1]), hier aber ist die Obligation entstanden durch eine Thatsache, derartig auf das Ganze verpflichtet zu werden, dass der Gläubiger das Ganze zwar von jedem, aber überhaupt nur einmal fordern darf; in solchem Falle statuiert das römische Recht und die herrschende Lehre eine Correalobligation. Es liegt bei der Haftung der Off. Handelsgesellschafter nach § 128 H. G. B. im Geiste des römischen Rechts ein Fall der Correalität und zwar der durch gesetzliche Bestimmung geschaffenen Correalobligation vor. Savigny [2]) erblickte in diesem Falle lediglich einen Fall der unechten Correalität, einen Fall der actio institoria. Jedes Mitglied der Gesellschaft sei zugleich institor in der Regel (Geschäftsführer) und verpflichtet durch seine Handlungen die übrigen solidarisch. Allein dies ist wohl nicht ganz zutreffend. Denn einmal haften die Mitglieder der Off. Handelsgesellschaft nicht blos für die durch Handlungen des geschäftsführenden Gesellschafters, sondern für alle irgendwie begründeten Handlungen der Gesellschafter. Es erstreckt sich dann, wenn ein von der Vertretung der Gesellschaft nicht ausgeschlossener Gesellschafter im Namen der Gesellschaft kontrahiert, die in seiner Person entstehende Obligation nicht derartig, wie die Obligation des Institors auf die Präponenten, sondern die übrigen Gesellschafter werden direkt, wie derjenige, welcher den Vertrag schliesst, als Kontrahenten verpflichtet. Die Klage gegen die Gesellschaft unter ihrer Firma ist nichts anderes, als eine Klage gegen sämtliche Gesellschafter

---

1) Vergl. S. 48.
2) Oblig. R. V. 287, dem entgegen v. Hahn S. 361.

als solche[1]), anstatt jedoch, dass die Klage die sämtlichen Gesellschafter einzeln nennt und bemerkt, dass sie verklagt worden mit Beziehung auf ihre gesellschaftliche Vereinigung, bezeichnet sie die Verklagten unter dem Kollektivnamen. Klage gegen die Gesellschaft ist also jede gegen alle Gesellschafter als solche gerichtete Klage, seien sie unter ihrer Firma oder mit Benennung sämtlicher Gesellschafter belangt, sei die Klage gegen einen Vertreter der Gesellschaft oder gegen alle Gesellschafter gerichtet. Ist die Gesellschaft verurteilt, so sind alle Gesellschafter verurteilt, und zwar jeder zur Zahlung der ganzen Schuld und mit seinem ganzen Vermögen. Der siegreiche Gläubiger hat mithin freie Wahl, ob er zunächst einen einzelnen Gesellschafter unter seinem Namen, oder ob er alle unter Firma der Gesellschaft belangen will; er kann also Exekution verlangen, einmal in das Gesellschaftsvermögen, sodann in das Privatvermögen jedes Gesellschafters.

Die off. Handelsgesellschafter haften, wie wir dies dargelegt haben, als Correalschuldner. Weil nun das H. G. B. als ein organischer Bestand unseres bürgerlichen Rechtes gilt, unser B. G. B. den Unterschied der Correal- und der blossen Solidarobligation beseitigt hat, und nur ein Gesamtschuldnerhältnis kennt, so muss die im § 128 H. G. B. statuierte Haftung der Handelsgesellschafter ein Gesamtschuldverhältnis im Sinne des § 421 B. G. B. sein. § 128 H. G. B. spricht übrigens selbst dass die Gesellschafter den Gläubigern als »Gesamt-

[1]) v. Hahn 357 3 d.

schuldner« haften, bedient sich also ebenderselben Ausdruksweise wie das B. G. B. im § 421.

## § 12. Regressrecht des die Schuld zahlenden Gesamtschuldners gegen die übrigen Gesamtschuldner.

Wir sind zu dem Ergebnis gelangt dass der Haftung der Off. Handelsgesellschafter aus § 128 H. G. B. ein Correalschuldverhältnis, ein Gesamtschuldverhältnis im Sinne des § 421 B. G. B. zu Grunde liegt, gehen wir nun auf die Frage über, welche den wichtigsten Teil des hier gestellten Thema's bildet, nämlich auf die Regressfrage eines als Correus, als Gesamtschuldner haftenden Handelsgesellschafters den übrigen Gesellschaftern gegenüber, der eine ganze Gesellschaftsschuld bezahlt hat.

### a. Aelteres Recht.

Der Streit, ob Correus, der die Schuld tilgte, von den übrigen verhältnismässigen Ersatz fordern könne, ist sehr alt. Eine sehr übersichtliche und erschöpfende Darstellung der Entwickelung des Regressrechts des zahlenden Correalschuldners bei passiven Correalobligationen giebt Binder in seinem Werke über die Correalobligationen. Binder geht von der lex Appuleia aus. Diese gab nach ihm dem Schuldner der in Solidum bezahlt hat, den Rückgriff gegen die Mitbürgen »lex Appuleia quandam societatem introduxit«. Als Fortsetzung der lex Appuleia gilt die lex Furia, welche dem zahlenden Bürgen eine Rückforderungsklage gab. Diese Klage kam jedoch bald ab, und man legte nunmehr nach dem Vorbilde der lex Appuleia die lex Furia so aus, dass jeder Bürge nach

seinem Kopftheil verpflichtet wurde. Auch bei der solidaren Haftung der Tutoren hatte, nach Caracalla der subsidiär haftende Tutor einen Regress gegen den Tutor gerens. Mit dem Aufkommen des Beneficium divisionis ist die Ansicht aufgekommen, dass die Verpflichtung des Schuldners, das Ganze zu leisten, nur formell bestehe und dass eigentlich jeder Schuldner nur einen Teil zu leisten habe; damit mag auch wohl der Gedanke angebahnt worden sein, dass das Correalverhältnis eine Ausgleichung der Leistung nach dem Interesse der Mitschuldner, d. h. einen Regress verlange[1]).

Betrachtet man jedoch die Stellen im Zusammenhange, welche einen Regress gewähren, so kann man feststellen, dass mit Ausnahme der lex Appuleia kein Fall des Regresses bei Correalschuldnern der klassischen Zeit mit Sicherheit angehörte. Man kann also für die klassische Zeit den Regress wahrscheinlich ablehnen, mit einiger Sicherheit kann man jedoch behaupten, das er für das justinianische Recht anzunehmen sei.

Die Glossatoren bejahten die Frage des Regresses eines zahlenden Correalschuldners (Irnerius u. Martinus).

Nach ihnen enthielt die Eingehung einer Correalverbindlichkeit eine stillschweigende Bürgschaft jedes Correus für den andern, der zahlende hatte dann eine mandati actio. Bassianus betrachtete die Correi desgleichen als gegenseitige Bürgen, wenn sie Socii waren und gab ihnen dann die mandati actio oder actio pro socio auf Ersatz, auch die negotiorum gestorum actio. Bartolus unterschied, ob die Zahlung ex causa onerosa oder lucra-

---

[1]) l. 13. Cod. de loc. 4. 65 u. l. Cod. h. t. 8. 39.

tiva geschah; dort hatte der Zahlende Regress an die Uebrigen, hier hatte er regelmässig keinen, ausser bei Sociis.

Baldus vertrat die Ansicht, der sich Dr. Sell[1]) angeschlossen, und gab schlechthin die negotiorum gestorum actio.

Die späteren Rechtslehrer gaben in verhältnismässig seltenen Fällen, dem die Schuld zahlenden Correus ein Regressrecht, meistens, wenn er sich die Klage des Gläubigers habe abtreten lassen, wenn er mit seinen Mitschuldnern im Societätsverhältnis stand, oder, wenn er im Auftrag als negotorium gestor die Zahlung geleistet hat.

Von der gemeinrechtlichen Litteratur wird im Allgemeinen die Regressfrage, welche Lauterbach[2]) als eine »gravis disputatio« bezeichnet, für den zahlenden Correus bejaht[3]). Auch Savigny[4]) giebt ein Regressrecht. Nach ihm hat die durch einen Correus gemachte Zahlung nicht zur Folge, dass das ganze Schuldverhältnis untergeht, sondern sie macht den Zahlenden zum einzigen und wahren Gläubiger mit allen Rechten, die der bisherige Gläubiger gehabt hat. Für den Fall, dass Correi in einem Societätsverhältnisse stehen, gibt Savigny ein Regressrecht gegen die anderen Correi sowohl für die aktive wie für die passive Correalobligation.

Wächter lässt ein Regressrecht des zahlenden Correus nur in zwei Fällen zu, wenn sich die Correi untereinander Entschädigung zugesagt haben und, wenn die Correalschuld eine Societätsschuld ist. In letzterem Falle

---

1) In Linde's Zeitschr. Bd. 6.

2) usus modernus Pandectarum § 77.

3) Lauterbach § 24 Kreitmayr § 23.

4) Obligationen R. I. S. 332.

kann der zahlende Socius von den übrigen Sociis Entschädigung nach ihren Societätsteilen verlangen[1]).

Wächter meint, der zahlende Correus könne sich seine Ersatzforderung gegen die Mitschuldner stets dadurch sichern, wenn er sich die Klage gegen diese zuvor von dem eigentlichen Gläubiger abtreten lässt, die Abtretung der Klage könne sogar von dem Aussengläubiger rechtlich begehrt werden.

Dr. Sell verteilt in seiner eingehenden Abhandlung in Lindes Zeitschr. Bd. 6. die Ansicht, dass dem Correus debendi, wenn ihm nur kein dolus zur Last falle stets eine Klage seinen Mitschuldnern gegenüber gegeben werden müsse, nur durch dolus oder culpa lata geht der zahlende Correus des Regressanspruchs gegen seine Mitverpflichteten verlustig. Nach Sell hat beim Bezahlen der Schuld durch den Correus zwar eine »wahre negotiorum gestio« nicht stattgefunden, es liegt vielmehr nach den Grundsätzen von der utilitas und der aequitas« ein Fall zur Gestaltung einer actio negotiorum gestorum utilis« vor; denn wenn man auch eine reine Geschäftsführung in Abrede stellt, so müsse man doch zugeben, dass der zahlende Correus ein für die Mitschuldner vorteilhaftes Geschäft vorgenommen hat. Hätte er nämlich das Ganze nicht bezahlt, so würde jeder der Mitschuldner einen Teil der Forderung haben zahlen müssen, und wenn auch der Zahlende eigentlich seine eigene Verbindlichkeit erfüllt hat, so steht die Verpflichtung der Uebrigen mit dieser Erfüllung in solcher Verbindung, dass dadurch dieselbe für

---

1) Ebenso Arndt Pandekt. § 213 Note I.

Alle getilgt worden ist (uno solvente caeteri liberantur). Es steht den befreiten Mitschuldnern ein Vorteil zu, welcher jedenfalls dem Zahlenden einen unbilligen Nachteil bringt.

Sell stützt sich bei seiner Begründung des Regresses des Zahlenden Correus auf zahlreiche Stellen 1. 8. 32 D. de rebus creditis 12. 1 »quia pecunia mea, quae ad te pervenit, eam mihi a te reddi bonum et aequum est«. Es lässt sich hieraus allerdings nur der allgemeine Grundsatz der Billigkeit, dass der zahlende Correus von den Uebrigen Ersatz fordern könne, erkennen. Weiter »sed aequitatis ratione, suadente per utilem actionem ei subvenire, in quantum alter relevatus est opportet«.

Auch hier ist bloss von Billigkeitsgrund, aus welchem die »utilis actio« gestattet wird, die Rede. Sell verwendet es auf das Verhältnis des zahlenden Correus debendi zu den andern Mitschuldnern, denn es handelt sich doch bei diesen darum, dass der andere Mitschuldner ihm das ersetzen solle, in quantum relevatus est. Es ist nach Sell kein Erzeugniss »schlaffer Billigkeit« wenn man dem die ganze Schuld zahlenden Correus in der Regel eine actio utilis gegen seine Mitschuldner gestattet, es findet vielmehr die hier so natürliche aequitas in den Gesetzen ausdrückliche Anerkennung.

Schröter[1]) giebt dem zahlenden Correus keinen Regress, ausser bei Societät, Communio, Cession der Klage des Gläubigers.

Windscheid schliesst sich im Grossen Ganzen den Ausführungen Wächters an. Er giebt einen Regress zu.

---

1) Lindes Zeitchr. zur Lehre von der Correalobligation Bd. VI.

Correus hat nicht blos einen Rückgriff gegen die anderen Correi auf die auf jeden entfallenden Teile, sondern auf das Ganze; auch kann er vom Gläubiger, den er befriedigt, Abtretung der Forderung verlangen.

Das Preuss. Allg. L. Recht stimmt im Wesentlichen mit der gemeinrechtlichen Teorie überein. Wenn einer von mehreren Correalschuldnern das Ganze gezahlt hat, so soll er in der Regel gegen die Mitschuldner einen Regress und zwar zu gleichen Teilen haben[1]). Allein an einer anderen Stelle findet sich die Bestimmung, dass das Recht des Gläubigers ganz auf den zahlenden Correus übergebe[2]). Der Nachteil einer eventuellen Insolvenz eines von den Mitschuldnern soll von allen Zahlungsfähigen zu gleichen Teilen getragen werden[3]).

Auch das Oestreichische Recht will, der Billigkeit Rechnung tragend, nicht zugeben, dass die ganze Last der Obligation den einen von dem Aussengläubiger belangten Mitschuldner allein trifft. Das Oestr. Bürgerl. Ges. B. stellt bei den passiven Correalschuldnern den Grundsatz auf, dass derjenige Schuldner, welcher das Ganze bezahlt oder blos mehr als seinen Anteil bezahlt hat, von jedem Mitschuldner einen Ersatz und zwar in der Regel zu gleichen Teilen verlangen kann; den Nachteil der Insolvenz haben die Anderen zu gleichen Teilen zu tragen[4]).

---

[1]) A. L. R. Th. I Tit. 5 §§ 443—45.

[2]) A. L. R. Th. I Tit. 16 § 492—94.

[3]) A. L. R. Th. I Tit. 5 § 447.

[4]) Ebenso Stubenrauch III 35, Zeiler III 78. begründen die Zulässigkeit des Regresses mit dem vermuteten Willen des Correalschuldners. Nippel

Die französische Lehre von der Correalobligation knüpft im Wesentlichen an den Receptionsjuristen, der für Frankreich von hervorragenden Bedeutung war, Pothier an.

Wie im Allgemeinen unser gemeines Recht, so unterschied auch Pothier nicht Solidar- u. Correalobligationen, es gehen vielmehr bei ihm die angeblichen Solidarobligationen in der Correalität auf, die er, wie unsere Juristen als eine Mehrheit von Gläubigern und Schuldnern bezeichnet. Eine Besonderheit besteht im französischen Recht darin, dass es sowohl die aktive wie die passive Correalität zu einem Gemeinschaftsverhältnisse, einer »quaedam societas« gestaltet, welche von jedem Gläubiger und Schuldner vertreten werden kann, insofern dies die Lage seiner Mitschuldner nicht verschlechtert[1]. Vollständig abweichend von dem gemeinen Rechte, welches einen Regress nur bei Schuldnermehrheit zulässt, giebt das französische Recht[2] sowohl bei Schuldnermehrheit wie bei Gläubigermehrheit ein Regressrecht. Falls einer von den Mitschuldnern, die der Zahlende belangt, zahlungsunfähig ist, so lässt Art. 1214 C. c. den auf den Zahlungsunfähigen entfallenden Anteil auf die zahlungsfähigen Schuldner verteilen, so dass sich der Ersatzanspruch des Schuldners, der geleistet hat, einerseits durch die Zahlungs-

sieht in dem das Ganze zahlenden Mitschuldner einen Geschäftsführer ohne Auftrag oder einen Bevollmächtigten der übrigen Mitschuldner, der in dieser Eigenschaft Ersatz der Auslagen von den Anderen verlangen kann.

1) Code civil Art. 48, 1198 II.

2) Code civil Art. 1197, Laurent XVII. Zachariae II § 298, Crome p. 217.

unfähigkeit des Mitschuldners mehrt, anderseits sich vermindert, weil der durch die Zahlungsunfähigen entstandene Ausfall auch ihn belastet.

Nach Schweizerischem Recht wird ein Regress dem zahlenden Correus nur nach richterlichem Ermessen gegeben[1]).

Wie behandelt das B. G. B. das Rechtsverhältnis der Gesamtschuldner untereinander, welche Stellung nimmt es zu dem Regressanspruch des eine Schuld zahlenden Gesamtschuldners, Correus?

Wie wir bereits dargelegt haben, war das Regressrecht des zahlenden Gesamtschuldners, des Correus dem Gesamtschuldnerverhältnisse des römischen Rechtes ursprünglich so gut wie fremd, nur in einzelnen Fällen wurde ein gesetzlicher Regress anerkannt.

Meistens hatte der Zahler nur dann einen Rückgriff auf seine Mitschuldner, wenn dieser Rückgriff aus dem zwischen ihm und ihnen bestehenden Rechtsverhältnis sich ergab, z. B. wenn sie in einem Societätsverhältnisse zu einander standen (quaedam societas)[2]). Die Regressberechtigung kam erst, wie wir verfolgt haben, mit der allmähligen Entwickelung dieser Art der Obligation auf.

Im Anschluss an alle modernen Codifikationen[3]) gewährt unser B. G. B. bei allen Gesamtobligationen den

---

[1]) Art. 60. 168.

[2]) Vergl. S. 55. 56.

[3]) Correaloblig. im röm. u. deutsch. R. S. 279 ff. Allg. Pr. L. R. I Tit. 5, 445 Bayer. L. R. IV 1 § 23 No. 3, Code civil 1213.

Regress dem zahlenden Gesamtschuldner, die Gesamtobligation, hat dadurch eine wesentlich neue Gestalt erhalten.

Das B. G. B. sollte [1]) unter den Gesamtschuldnern als solchen ein inneres Verhältnis herstellen, vermöge dessen sie zu gleichen Anteilen untereinander verhaftet werden sollten, eine Abweichung von dieser Regel könnten sie jedoch untereinander beliebig vereinbaren. Dies bedeutete, dass derjenige, der von der Gesamtschuld das Ganze oder einen Teil bezahlt hat und mehr deswegen als seinen Teil gezahlt hat, einen Regress gegen die anderen Gesamtschuldner pro rata ihres Anteils an der Gesamtschuld erlangen sollte; und weiter, dass jeder dem anderen zur »Mitwirkung und Beitragung bei der Leistung« [2]) verpflichtet werden sollte. Er sollte an erster Stelle dafür sorgen, dass es zu einem Regresse überhaupt nicht käme.

Die beiden Entwürfe zum B. G. B. haben sich der in den Motiven ausgesprochenen Theorie angeschlossen, ebenso das B. G. B.

Das B. G. B. konstatiert nicht nur ein gesetzliches Regress und Ausgleichungs-Verhältnis unter den Gesamtschuldnern, sondern sogar eine mit der Begründung des Gesamtschuldverhältnisses eintretende rechtliche Gemeinschaft aller Gesamtschuldner[3]). Diese Gemeinschaft besteht zu gleichen Teilen. Diese Teilung, diese Regress

---

1) Motive S. 170.
2) Motive ebenda.
3) Schollmeyer Recht der Schuldverhältnisse S. 430 zu § 426.

und Ausgleichungspflicht ist nur subsidiär[1]), sie kommt nur zur Anwendung, wenn keine anderweitige Bestimmung durch ausdrückliche oder stillschweigende Vereinbarung getroffen ist.

Es sind also untereinander die Gesamtschuldner nach Verhältnis ihrer Anteile verpflichtet zur Erfüllung der Gesamtschuld mitzuwirken.

Jeder Gesamtschuldner kann also, sobald die Schuld fällig ist, von seinen Mitschuldnern verlangen, dass sie ihren Anteil an der Schuld bezahlen.

Hat einer der Gesamtschuldner die ganze Schuld bezahlt, so kann er von jedem Mitschuldner den auf ihn fallenden Anteil ersetzt verlangen, er hat einen Ausgleichungsanspruch nach Kopfteilen[2]). Hat er einen Teil der Gesamtschuld, gerade soviel oder mehr als den auf ihn fallenden Teil geleistet, so kann er ebenfalls Teilung des von ihm geleisteten unter alle Mitschuldner verlangen, ihn selbst eingeschlossen[3]).

Wenn also A. B. C. dem X. einen Betrag von 300 Mark schulden, so müssen sie dem A., wenn er Alles bezahlt, 200 M. ersetzen. Zahlt aber der A. nicht die ganzen 300 M. sondern nur 100 M., so kann er auch verlangen, dass B. und C. bei dieser Zahlung mitwirken, dass also jeder von ihnen $\frac{100}{3}$ ihm ersetzt[4]).

Hiernach genügt zur Begründung der Regressklage

---

1) Motive 170.

2) Eck Vorträge über das B. G. B. § 72, Schollmeyer 431 ff., Planck Bem. zu § 426 B. G. B.

3) R. O. H. G. B. o. 24 S. 99 ff

4) Ebenso Schollmayer ebenda, Planck ebenda, Dernburg B R. II § 163 Anm. 5, Oertmann Anm. 1 zu § 426 B. G. B.

der Nachweis der Haftungsquote der einzelnen Gesamtschuldner und der Nachweis der vom Regressberechtigten gezahlten Summe.

Die Regressforderung besteht auch, falls ein Gesamtschuldner durch Aufrechnung, Hinterlegung oder durch entgeltlichen Erlassvertrag die Schuld ganz oder zum Teile tilgt.

Als Mittel zu der Durchführung des Regresses für den zahlenden Gesamtschuldner soll nun nicht blos der gesetzliche Ausgleichungsanspruch aus § 426 B. G. B. dienen, sondern der in § $426_2$ B. G. B. festgesetzte Uebergang der Forderung des befriedigten Gläubigers nebst den Nebenrechten auf den regressberechtigten Zahler. Die übergegangene Forderung und die Regressklage stehen zu einander in einer Art von Aktionenkonkurrenz [1]). Der die Schuld zahlende Gesamtschuldner hat nunmehr zwei Rechtsbehelfe zur Erreichung eines und desselben Zweckes seines Regresses. Falls er mit dem einen Rechtsbehelf sein Ziel erlangt hat, so ist der andere selbstverständlich erloschen.

Wie schon bemerkt, hat bereits das Allg. L. R. [2]) und der Code civil [3]) dem zahlenden Correus, Gesamtschuldner, durch die cessio legis die Klage des befriedigten Gläubigers als Mittel zur Durchführung des Regresses (Subrogation) gegeben. So auch das B. G. B. im § $426_2$. Hiernach geht die Forderung des Aussengläubigers auf den Ausgleichungsberechtigten Gesamtschuldner über und

1) Schollmeyer S. 433 und Eck Vorträge zu B. G. B. § 72.
2) I. § 436.
3) Art. 1213.

zwar kraft Gesetzes (cessio legis); der Uebergang findet jedoch nur insoweit statt, als der ausgleichungsberechtigte Schuldner von den übrigen Mitschuldnern Ausgleichung verlangen kann, so wenn keine anderweitige Bestimmung durch ausdrückliche oder stillschweigende Vereinbarung getroffen ist. Es steht ihm jedoch nicht wie dem Gläubiger das Recht zu, von jedem Mitschuldner den ganzen Betrag dessen zu fordern, was er über seinen Anteil hinaus geleistet hat. Er kann von den übrigen Mitschuldnern, vielmehr von jedem nur denjenigen Teil fordern, welchen er auch von ihm ohne Uebergang der Forderung des Aussengläubigers zu fordern berechtigt gewesen wäre [1]. Bei Zahlungsunfähigkeit eines Gesamtschuldners ist der Ausfall von den anderen zur Ausgleichung verpflichteten Schuldnern zu tragen [2].

Der Uebergang der Forderung im Sinne des § 426 II B. G. B. hat besonders wichtige Bedeutung, wenn die Gesamtschuld auf den Grundstücken eines oder mehrerer Schuldner hypothekarisch versichert ist. Alsdann kommt die Hypothek dem zahlenden Mitschuldner zu gute. Der Uebergang der Forderung des befriedigten Gläubigers auf den zahlenden Gesamtschuldner kann aber niemals zum Nachteile des Gläubigers geltend gemacht werden.

Hat z. B. der Gesamtschuldner nur einen Teil der Gesamtschuld, für welche Hypotheken von den übrigen Gesamtschuldnern bestellt sind, bezahlt, so geht der dem Gläubiger verbleibende Teil der Forderung mit Hypothek

---

1) Planck zu § 426 II. § 426, Satz 2. B. G. B.
2) Ebenso.

dem auf den zahlenden Gesamtschuldner übergehenden Teile vor, so dass insbesondere im Zwangsversteigerungsverfahren die Forderung des Aussergläubigers vor der auf den zahlenden Gesamtschuldner übergegangenen Forderung aus dem Grundstück zu befriedigen ist. Ebenso können für die Forderung des befriedigten Gläubigers Pfandrecht und Bürgschaft bestellt werden, welche dann vermöge ihrer accessorischen Natur ebenso wie Vorzugsrechte im Falle der Zwangsvollstreckung oder des Konkurses, auf den die Schuld Zahlenden mitübergehen[1]).

In dem Konkurse der Ausgleichungsberechtigten Mitschuldner bildet der Ausgleichungsanspruch vor der Zahlung an den Gläubiger eine aufschiebend bedingte, nachher eine unbedingte Konkursforderung. Da nun aber der Mitschuldner im Konkurse nur insoweit Erstattung fordern darf, als der Gläubiger nicht selbst liquidiert, ist die Beteiligung eines regressberechtigten Mitschuldners am Konkurse der Regresspflichtigen nur statthaft, wenn entweder der Gläubiger an diesem Verfahren überhaupt nicht oder nicht für die ganze Forderung Teil nimmt[2]).

Zu weit gehend und zu unpraktischen Zwecken führend ist die von Goldmann und Lilienthal aufgestellte Regresstheorie[3]), dass jede Leistung seitens des zahlenden Gesamtschuldners zu einer selbständigen Ausgleichung

---

1) § $402_2$ B. G. B.

2) Jäger Konkurs Ord. § 689.

3) Ebenso Dernburg Schuldverhältnisse S. 182 zu § 426 u. Scholl meyer S. 431.

berechtigt, dass er also auch dann schon einen Regressanspruch gegen seine Mitschuldner hat, wenn er weniger als seinen Anteil geleistet hat.

Zu erwähnen ist ferner die Begründung des Regressrechtes durch Scherer in seinem Kommentar zum B. G. B. Nach ihm ist eine Correalschuld, ein Gesamtschuldverhältnis, ohne Weiteres unter die Gesamtschuldner geteilt, denn nach $426_2$ B. G. B. tritt eine cessio legis, cessio ficta ein. Wer nun von den Mitschuldnern die Correalschuld bezahlt hat, braucht nicht erst darzulegen, in wie weit Beklagte beteiligt sind, es muss nur ein Gesamtschuldverhältnis nachgewiesen werden. Das Beneficium cedendarum actionum zu Gunsten des zahlenden Regressschuldners beruht nach Scherer auf der Annahme, dass dieser nicht die Forderung, sondern einen Preis für dieselbe gezahlt hat [1]) und dieses Beneficium steht dem zahlenden Gesamtschuldner auch ohne besondere Abtretung oder Vereinbarung der Abtretung zu.

Das B. G. B. giebt also dem zahlenden Gesamtschuldner für alle Arten von Gesamtobligationen ein Regressrecht. Er kann diesen seinen Anspruch seinen Mitschuldnern gegenüber nicht nur auf Grund der ihnen obliegenden Ausgleichungspflicht, sondern auch Kraft des auf ihn übergegangenen Forderungsrechtes geltend machen. Die Regressklage des B. G. B. beschränkt sich nicht wie im röm. Recht auf eine actio utilis, sondern sie ist eine direkte Klage. Das B. G. B. stellt sich hierdurch auf

---

[1]) Ebenso Eck Vorträge über B. G. B. § 72 auf Grund § 36 Dig. de fide justori 46, 1.

einen ganz anderen und vielmehr dem Recht und der Billigkeit entsprechenden Standpunkt. Der einzelne Correalschuldner, Gesamtschuldner verpflichtet sich nicht mehr unabhängig von den anderen, sondern er weiss, dass er ein besonders geartetes Gemeinschaftsverhältniss eingeht, dass ihm aus seinen Pflichten auch Rechte erwachsen.

## § 13. Der eine Gesellschaftsschuld zahlende Off. Handelsgesellschafter hat ein Regressrecht gegen seine Mitgesellschafter.

Wir sind im ersten Teile unserer Abhandlung zu dem Resultate gekommen, das dem eine Gesellschaftsschuld zahlenden Off. Handelsgesellschafter ein Regressrecht nach dem Handelsrecht nicht gegeben ist, da ihm aus § 110 H. G. B. kein Forderungsrecht, kein klagbares Recht gegen seine Mitgesellschafter zusteht, dass ihm vielmehr nur ein Abrechnungsposten, realisierbar erst bei der endgültigen Auseinandersetzung gegeben ist.

Im § 11b unserer Abhandlung haben wir nachgewiesen, dass der Gesamthaftung der Handelsgesellschafter aus § 128 H. G. B. unzweifelhaft ein Correalverhältnis im Sinne des § 11a zu Grunde liege, weil die Handelsgesellschafter als Correi, als Gesamtschuldner jeder für die ganze Schuld mit ihrem ganzen Vermögen verhaftet sind. Wir haben weiter im § 12 dargestellt, dass bei einem Correalverhältnisse, Gesamtschuldverhältnisse nach allen neuen Partikelarrechten sowie nach dem B. G. B. unstreitbar ein Regress besteht, nach welchem der die ganze Schuld zahlende Correus, Gesamtschuldner ein Regressrecht an die anderen Correi, Gesamtschudner hat. Da nun die Off. Handelsgesellschafter als Correi, Gesamt-

schuldner im Sinne § 421 B. G. B. verpflichtet sind, den Gesamtschuldnern aber untereinander dem von ihnen die ganze Schuld oder mehr als seinen Anteil an derselben Zahlenden ein Regressrecht gegeben ist, so besteht auch für die Off. Handelsgesellschafter untereinander das Regressrecht.

Der Gesellschafter also, der als Gesamtschuldner eine Gesellschaftsschuld bezahlt, hat einen Regress, ein klagbares Recht[1]) den anderen Gesellschaftern gegenüber, sie sind ihm nach § 426 B. G. B. zu gleichen Anteilen verpflichtet[2]) § 707 B. G. B. steht nicht entgegen, weil ja, wie wir dargelegt haben[3]), die Regressforderung des zahlenden Gesellschafters keine Klage auf Zahlung einer Einlage sondern eine Forderung aus ungerechtfertigten Bereicherung begründet.

Die Begründung des Regresses für den zahlenden Off. Handelsgesellschafter in meiner Abhandlung findet eine Stütze in den von Makover[4]) und Dernburg[5]) aufgestellten Theorieen, welche gleichfalls dem eine Gesellschaftsschuld zahlenden Gesellschafter einen Regress gegen die Mitschuldner geben.

Nach Makover schliest § 128 H. G. B. trotzdem in ihm eigentlich die Haftung der Handelsgesellschafter nach Aussen behandelt wird, den § 426 B. G. B. nicht aus. § 426 B. G. B. enthält nun allgemeine Vorschrif-

---

1) siehe Seite 65. 66.
2) Dem entgegen Coscack § 108 V d.
3) § 6.
4) Commentar zum H. G. B. zu § 128.
5) Obligationen R. zu § 426 B. G. B.

ten über den Regress der Gesamtschuldner untereinander, welche zur Anwendung kommen müssen, soweit sie nicht ausgeschlossen sind. Grundsätzlich ist nun nach Makover § 426 B. G. B. für anwendbar zu erklären und es kommt nur in Frage, ob die in § 426 enthaltenen Voraussetzungen für dessen einzelne Bestimmungen gegeben sind.

Wenn nun ein Gesellschafter eine Gesellschaftsschuld bezahlt hat, so kann er billigerweise gegenüber der »gesamthaftenden Gesellschaft« stets Ausgleichung verlangen.

Die Voraussetzung des § 426 B. G. B. ist daher nach Makover gegeben. § 426 B. G. B. ist anwendbar und somit hat der zahlende Handelsgesellschafter einen Regressanspruch an seine Mitgesellschafter.

Dernburg begründet folgendermassen den Regress:

Nach ihm schliesst § 707 B. G. B., nach welchem die Gesellschafter zur Erhöhung ihrer vereinbarten Einlage nicht verpflichtet sind, die Möglichkeit nicht aus, dass die Gesellschafter überhaupt sich über den Betrag der zugesagten Beiträge hinaus trotz des bestehenden Gesellschaftsverhältnisses Etwas zu leisten haben. Sie haben vielmehr »für den Fehlbetrag verhältnismässig aufzukommen.«

Es kann nun nach ihm ein Gesellschafter in beiden Fällen, sei es, dass er auf Zahlung einer Gesellschaftsschuld belangt würde, sei es, dass er sie freiwillig berichtigt, in beiden Fällen nach § 426 B. G. B. einen entsprechenden Anteil von den Gesellschaftern beanspruchen. Für diese Erstattung kommt die Höhe der verein-

barten Beiträge nicht in Betracht. Dass der Gesellschafter mit seiner Forderung bis zur Beendigung der Off. Handelsgesellschaft warten müsse, widerspräche § 426 B. G. B. und wäre höchst unbillig.

## § 14. Stellung des Ausländischen Handelsrechts zu der Regressfrage des eine Gesellschaftsschuld zahlenden Gesellschafters.

### Neues Portugisisches H. R.

Nach Art. 153 haftet jeder Gesellschafter einer Gesellschaft unter Kollektivnamen 1. solidarisch für alle gesellschaftlichen Verbindlichkeiten. Nach Art. 160 hat jeder Gesellschafter das Recht, schadlos gehalten zu werden:

I) durch Gesellschaft, wegen aller Beträge, welche er zum Vorteile derselben, abgesehen vom Kapital, zu dem er sich verpflichtete, nebst den betreffenden Zinsen aufgewendet hat, wegen der zum gemeinschaftlichen Gesellschaftsvorteil eingegangenen Verbindlichkeiten, wegen Verluste und Schäden, wegen Reisen und anderen aus den Gesellschaftsgeschäften erwachsenen Unkosten, ferner

II) durch seine Mitgesellschafter — wegen der Beträge, mit denen er in Folge seiner solidarischen Haftung an den Verlusten der Gesellschaft sich betheiligt hat, soweit dies in höherem Masse geschehen, als ihm verhältnismässig nach seinem Anteil beizutragen oblag. Somit hätten wir für die Bezahlung einer Schuld durch den Gesellschafter, falls er auf Zahlung belangt würde, ein Regressrecht.

Spanisches H. R. spricht von einer Societät über die Off. Handelsgesellschaft und giebt dem Gesellschafter Ersatz für Auslagen im Geschäftsbetrieb durch Societät.

Nach Italienischem H. R. (§ 114) haften die Gesellschafter unter gemeinschaftlicher Firma für alle Verpflichtungen der Gesellschaft solidarisch.

Gesellschaftsgläubiger können jedoch nicht eher Zahlung verlangen, bevor der Anspruch gegen die Gesellschaft geltend gemacht ist, prima diaver exercitata l'azione contra la societa.

Argentinisches H. R. § 311 sagt: Die zwischen Gesellschaft und Gesellschafter kontrahierten Geschäfte und Verpflichtungen begründen keine Solidarhaft zwischen den übrigen Gesellschafter, es sei denn, dass der kontrahierende Gesellschafter als eine fremde Person auftritt. § 314 spricht ausdrücklich von einem Anspruch gegen die Gesellschaft; hiernach muss Gesellschafter entschädigt werden, auf welche Weise, wenn der Gesellschaftsfond nicht ausreicht, ist nicht gesagt.

Japanisches H. R. giebt im Art. 101 dem Gesellschafter das Recht, für alle Darlehen, welche er der Gesellschaft gewährt hat und alle Auslagen, die er für Rechnung der Gesellschaft gemacht hat, entschädigt zu werden.

Nach Art. 112 haftet für alle Verpflichtungen der Gesellschaft in erster Reihe das Vermögen der Gesellschaft und sodann jeder Gesellschafter solidarisch und mit seinem ganzen Vermögen.

# Inhalts-Verzeichnis.

## I. Hauptstück.

### Juristischer Charakter der Offenen Handelsgesellschaft.


§ 1. Die Off. Handelsgesesellchaft eine reine bezw. relative juristische Person . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . 5
§ 2. Die Off. Handelsgesellschaft ist keine jurististische Person . . 7
§ 3. Die Off. Handelsgesellschaft ist keine Societät . . . . . . . 12
§ 4. Die Off. Handelsgesellschaft ist eine Vereinigung zur »Gesamten Hand« . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . 13


## II. Hauptstück.

### Nach dem Handelsgesetzbuch besteht für den eine Genossenschaftsschuld zahlenden Off. Handelsgesellschafter kein Regress.


§ 5. § 128 H. G. B. ist dem zahlenden Gesellschafter nicht gegeben 15
§ 6. § 707 B. G. B. schliesst Regressrecht nicht völlig aus . . . . 23
§ 7. § 110 H. G. B. gewährt dem zahlenden Genossenschafter einen Ersatzanspruch an das Genossenschaftsvermögen . . . . . . 25
§ 8. Der in § 110 H. G. B. gegebene Ersatzanspruch an das Gesellschaftsvermögen begründet kein Forderungsrecht sondern einen Abrechnungsposten bei der Auseinandersetzung . . . . . . 30
§ 9. Analogie des ehelichen Güterrechts . . . . . . . . . . . 36
§ 10. Berücksichtigung der Handelsrechtlichen Litteratur, nach welcher ein Regressrecht den zahlenden Gesellschafter zusteht . . . . 42


## III. Hauptstück.

### Nach § 128 H. G. B. besteht für die Offenen Handelsgesellschafter ein Gesamtschuldverhältnis, deswegen besteht für den zahlenden Gesellschafter ein Regressrecht.


§ 11. Nach § 128 H. G, B. besteht ein Gesamtschuldverhältnis:
a) Begriff des Gesamtschuldverhältnisses . . . . . . . . . 46
b) Die Offenen Handelsgesellschafter haften als Gesamtschuldner 52
§ 12. Regressrecht des die Schuld zahlenden Gesamtschuldners gegen die übrigen Gesamtschuldner . . . . . . . . . . . . . 55
§ 13. Der eine Gesellschaftsschuld zahlende Offene Handelsgesellschafter hat ein Regressrecht gegen seine Mitgesellschafter . . . . 69
§ 14. Stellung des ausländischen Handelsrechts zu der Regressfrage des eine Gesellschaftsschuld zahlenden Gesellschafters . . . . 72

# Lebenslauf.

Ich Thaddäus v. Borne wurde geboren am 8. 9. 1877 zu Neu-Jasieniec Kr. Schwetz als Sohn des Gutsbesitzers Victor v. Borne. Nach Besuch des kgl. Mariengymnasium zu Posen und des kgl. Gymnasium zu Culm i./W das ich 1898 mit dem Zeugnis der Reife verlies, studierte ich Rechte und Nationalöconomie an den Universitäten Leipzig, Berlin, Göttingen, woselbst ich die Prüfung für Versicherungsverstänge der administrativen Classe mit »Gut« bestand, und in Würzburg, woselbst ich Juli 1904 den Doktortitel aus der Rechtswissenschaft erlangte.

Vorstehende Dissertation habe ich unter Leitung des Herrn Professors Dr. E. Mayer verfasst und spreche Ihm hierfür an dieser Stelle meinen Dank aus.